

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · NOVEMBRE 2018

2018/2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà*, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Iliara Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Focus: Protezione internazionale e SOGI

a cura di Carmelo Danisi

- 6 **Carmelo Danisi:** Introduzione: Navigating Troubled Waters: Sexual Orientation and Gender Identity Asylum Claims in a Time of 'Crises' and Reforms
- 9 **Carmelo Danisi:** What 'Safe Harbours' are There for People Seeking International Protection on Sexual Orientation and Gender Identity Grounds? A Human Rights Reading of International Law of the Sea and Refugee Law
- 25 **Nuno Ferreira:** Reforming the Common European Asylum System: Enough Rainbow for Queer Asylum Seekers?
- 43 **Patrizia Palermo:** Orientamento sessuale e identità di genere nel sistema dell'asilo in Italia anche alla luce della riforma Minniti
- 59 **Adele Del Guercio:** Quali garanzie per il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge / partner dello stesso sesso?
- 74 **Moirá Dustin, Nina Held:** In or out? A Queer Intersectional Approach to 'Particular Social Group' Membership and Credibility in SOGI asylum claims in Germany and the UK
- 88 **Vítor Lopes Andrade:** Refugee Status Determination and Local Integration of Asylum Seekers and Refugees on the Basis of Sexual Orientation in Brazil and Spain

Interventi

- 105 **Baldassare Pastore:** Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto
- 113 **Angioletta Sperti:** Le parole contano. Alcune riflessioni sul "word ban" dell'amministrazione Trump

Commenti

- 125 **Francesca Brunetta d'Usseaux, Daniele Ferrari:** La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca
- 138 **Alessandra Lang:** Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso *Coman*

Osservatorio documenti

a cura di Marco Gattuso

152 *Garante della Privacy*: Provvedimento n. 476 del 31 ottobre 2018

Osservatorio decisioni

a cura di Marco Gattuso

156 *Corte di appello di Napoli, sezione per i minorenni*: Sentenza del 15 giugno 2018

168 *Tribunale di Bologna*: Decreto del 6 luglio 2018

177 *Tribunale di Pistoia*: Decreto del 5 luglio 2018

183 *Tribunale di Trento*: Ordinanza del 31 luglio 2018

200 *Corte di giustizia dell'Unione europea*: Sentenza del 5 giugno 2018

Focus

Protezione internazionale e SOGI

*Introduzione**Carmelo Danisi**

Navigating Troubled Waters: Sexual Orientation and Gender Identity Asylum Claims in a Time of ‘Crises’ and Reforms

Abstract

In un periodo di “crisi” nel Mediterraneo e di riforme nazionali ed europee in materia di immigrazione e asilo, questo Focus si interroga su alcuni aspetti problematici sollevati dalle richieste di protezione internazionale in ragione dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere (SOGI). Andando oltre gli studi disponibili in materia, focalizzati prevalentemente sulla determinazione dello status, i contributi raccolti nel focus prendono in considerazione vari momenti dell’intero percorso affrontato dai richiedenti SOGI, inclusa la fase del pre-arrivo in Europa su cui si concentrano le iniziative più recenti a livello di Unione europea (Ue). Gli autori formulano quindi specifiche proposte, a livello internazionale, dell’Ue e in prospettiva comparata, per superare gli ostacoli di carattere giuridico che tuttora impediscono loro di godere appieno della protezione e dei diritti in Europa.

In the context of the current Mediterranean ‘crisis’ and ongoing negotiations of migration policies at national and European Union (EU) level, this Issue explores some of the problematic aspects raised by sexual orientation and gender identity (SOGI) asylum claims. Going beyond the studies available in this field, which are often focused only on the refugee status determination, the contributions published in this Issue scrutinize the entire process of claiming asylum undertaken by SOGI people in need of international protection. Adopting different perspectives based on international, EU and domestic law, all authors advance appropriate proposals to overcome the legal obstacles that prevent, to this day, the protection of SOGI claimants and the full enjoyment of their human rights in Europe and beyond.

During a time of ‘crises’ at sea and of negotiation of migration policies in Europe, the fate of people in need of international protection for the reasons provided by the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees seems increasingly left to the outcomes of transnational and internal ‘macho’ struggles. Italy provides a clear example of a kind of emerging (political and legal) dilemma: in what ways can migrants’ and asylum seekers’ (already minimum) guarantees be easily dismantled? The last negotiations on an ‘urgent’ legislative action for adopting more restrictive rules on asylum seems ‘only’ another step in this overarching strategy¹.

With this backdrop in mind, delving into sexual orientation and gender identity (SOGI) claims of asylum might appear a ‘hopeless’ operation. The fate of sexual and gender minorities fleeing homophobia and transphobia in order to find a ‘safe harbour’ in Europe is too often invisible in international, European and national agendas. Yet the unfair treatment of their requests for international protection is often reported by the media. The last striking example comes from Austria, where a decision-maker

* Research Fellow, University of Sussex, and Adjunct Professor of International Law, University of Bologna.

1 Please note that the final versions of all articles published in this Section were submitted well before the adoption of the Law Decree no. 113/2018. Authors could not therefore consider the last reform’s content if and where relevant for their analysis.

denied refugee status in the belief that the applicant was not 'gay enough'. Such cases are only the tip of the iceberg but already reveal that, when SOGI claims are involved, asylum systems are often driven by stereotypes and by a problematic reading of the 1951 Geneva Convention. People fleeing homophobia and transphobia must therefore navigate troubled waters to be granted protection: from the 'obligation' to undertake dangerous routes to reach European borders to the need to cope with an unknown bureaucratic system in order to have their status determined. All these efforts are set against a legal framework that, more often than not, does not take into account their needs, or is implemented without the adoption of a SOGI lens.

The articles included in this Issue try to explore some of the current problematic aspects of this legal framework from the point of view of international, European Union (EU) and internal law in light of the experience of people fleeing homophobia and transphobia before, during and after the determination status.

Carmelo Danisi opens the Issue with a contribution that explores a neglected aspect in the literature on SOGI asylum seekers. In the context of the current Mediterranean 'crisis', which led to harbours being closed, he analyses what a 'safe harbour' really means for people claiming asylum on SOGI grounds. He thus carries out a human rights reading of relevant rules of the international law of the sea and of refugee law, looking also at the extraterritorial application of human rights obligations. He argues that, if implemented in an effective way and with due diligence, some negative and positive obligations already binding EU States and the EU may improve the experience of this group of claimants during their travel to, and arrival in, Europe.

This is followed by two contributions on the implications for SOGI claimants from the current attempts to negotiate new rules on migration.

Nuno Ferreira scrutinises the increasingly sophisticated body of asylum law and policy that has emerged in EU law, known as the Common European Asylum System (CEAS), and the new set of proposals for its reform put forward in 2016. By exploring how this system has affected SOGI claimants, he argues that the current CEAS has several shortcomings which even the new proposals do not entirely address. Taking into account the different positions of EU Institutions, he assesses the extent to which the new rules, if ever adopted, ignore or aggravate the issues that currently affect SOGI claimants. In doing so, he points out what legislative solutions may be needed to ensure the fulfilment of the rights of people fleeing homophobia and transphobia.

Patrizia Palermo, in turn, analyses the implications for these claimants from the amendments to Italian legislation on asylum and migration adopted in 2017. The author stresses the lack of implementation of Article 10.3 of the Italian Constitution, which ensures protection to all people who, in their countries of origin, do not enjoy fundamental rights and freedoms, and the primary role played by relevant EU provisions in the field of asylum in Italy. She argues that, for people who request international protection on SOGI grounds, the EU-driven internal framework has so far been applied in a way that maximizes their protection. However, after the 2017 amendments were put into force, some essential procedural guarantees are no longer available, while others cannot be taken for granted. Hence, the level of protection is seriously undermined.

Combining an exploration of the EU and the relevant Italian legal framework, Adele Del Guerzio assesses another neglected issue in the legal literature on SOGI claims. Too often, people claiming asylum on the SOGI grounds are reported as single, isolated people with no family relations. Her contribution looks therefore at the necessity to address the family relations of SOGI claimants. In doing this, the author scrutinises the right to family unity of beneficiaries of international/national protection, and claimants with same-sex spouses or partners. She analyses the case law of the European Court of Human Rights as well as the provisions of the EU and Italian law which facilitate or hamper the enjoyment of this right. She concludes that the right to family reunification, as well as the right to a civil union, is far from being granted, thus urging appropriate solutions to fill this gap.

The two final contributions give attention to key aspects of the refugee status determination and the life experience of people claiming asylum on SOGI grounds during and after that process.

In their work, Moira Dustin and Nina Held stress the need to adopt a queer and intersectional approach to refugee status determination. They note that, in most cases, individuals claiming asylum on a SOGI basis in Europe have to prove to the authorities that they are 'credible' and meet the Refugee Convention criteria by demonstrating that they belong to a 'Particular Social Group' (PSG). Looking at recent experience in Germany and the UK, they argue that, to this day, PSG membership has been interpreted in a controversial way. In fact, while requiring claimants to conform to minimal understandings of sexual and gender identity, decision-makers often ignores other aspects of the claimants' identity. That is why, by exploring claims where bisexuality and religion could have played a role if SOGI applicants were viewed not just as sexual or gendered beings, they advance a more comprehensive understanding of PSG through the adoption of a queer and intersectional lens.

Finally, Vitor Lopes undertakes a comparative and uncommon North-South global analysis by focusing on two countries – Brazil and Spain – that, for different reasons, have only recently addressed the issue of SOGI asylum claims. Remarking that most research on such claims is related to the refugee status determination while the process of local integration is under scrutinised, he carries out his analysis combining the assessment of the key legal aspects of SOGI claims in those countries with the exploration of the social experience of non-heterosexual claimants. Drawing from qualitative data, administrative decisions and case law, he attempts to identify good practices from the comparison of these two national experiences.

We hope that this Issue will nurture the academic and legal debate on SOGI claims of asylum. It has been a joint endeavour. Therefore, special thanks are due to all contributors for their constructive and passionate dialogue and to all anonymous reviewers for their valuable remarks. Finally, considering that the primary reason for giving light to this Issue lies in the involvement of the ERC project ‘SOGICA’ (www.sogica.org), sincere thanks are due to Nuno Ferreira, Moira Dustin and Nina Held for having enthusiastically accepted the invitation to publish their work as part of our in-progress research on SOGI claim of asylum.

*Carmelo Danisi**

What ‘Safe Harbours’ are There for People Seeking International Protection on Sexual Orientation and Gender Identity Grounds? A Human Rights Reading of International Law of the Sea and Refugee Law

Summary

1. An endless journey in search of a ‘place of safety’ – 2. The duty to protect beyond European borders: towards *safe(r) routes*? – 3. The duty to rescue and disembark: towards *safe(r) destinations*? – 4. The duty to address specific needs at arrival: towards *safe(r) receptions*? – 5. Is Europe (really) a ‘safe harbour’ for people claiming asylum on SOGI grounds?

Abstract

Nel contesto della “crisi” del Mediterraneo con la chiusura dei porti ai migranti diretti in Europa, questo contributo si interroga su cosa sia effettivamente un “porto sicuro” per coloro che chiedono protezione internazionale sulla base dell’orientamento sessuale e/o dell’identità di genere (SOGI). A tal fine, si procede con una lettura delle norme applicabili, specie quelle relative al diritto internazionale del mare e al diritto internazionale dei rifugiati, alla luce degli sviluppi in materia di diritti umani. Inoltre, si guarda anche alla questione della possibile applicazione extraterritoriale degli obblighi assunti in tale materia sia dagli Stati europei sia dall’Ue al fine di garantire rotte sicure a tali richiedenti. Si ritiene, infatti, che garantire un “porto sicuro” ai richiedenti SOGI implichi una visione più ampia del concetto di “place of safety” a esso collegato, tanto in termini di rotte, di destinazioni dopo le operazioni di salvataggio in mare e di accoglienza. A ben vedere, se applicate in modo effettivo e con la dovuta diligenza, gli obblighi già assunti dagli Stati europei e dall’Ue potrebbero migliorare la condizione di tali richiedenti durante il loro viaggio e arrivo in Europa.

In the context of the current Mediterranean ‘crisis’, which led to close harbours to migrants headed to Europe, this paper analyses what a ‘safe harbour’ really means for people claiming asylum on SOGI grounds. To this purpose, it carries out a human rights reading of relevant rules of the international law of the sea and of refugee law, looking also at the extraterritorial application of human rights obligations. Trying to fill a gap in the literature in these fields, it argues that, in light of their migratory experience, granting a ‘safe harbour’ to SOGI claimants requires a more comprehensive reading of the connected notion of ‘place of safety’, at least in terms of routes, destinations and receptions. In particular, if implemented in an effective way and with due diligence, the relevant negative and

* Research Fellow, University of Sussex, and Adjunct Professor of International Law, University of Bologna. This contribution has been produced within the context of the project ‘Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum: A European human rights challenge – SOGICA’ (www.sogica.org). This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (grant agreement No 677693). The author wishes to thank all colleagues and anonymous reviewers for their comments on previous drafts of this contribution. Special thanks are due to the SOGICA research team (Prof. N. Ferreira, dr. M. Dustin and dr. N. Held), and to Prof. M. Balboni for stimulating my research interests in this field many years ago. If any, all errors remain nonetheless mine. Contributo sottoposto a referaggio.

positive obligations bidding EU Member States and the EU may ensure an immediate improvement for this group of claimants' experience during their travel to, and arrival in, Europe.

"It wasn't about like I have to make a choice [...], it was about finding the place where you know you can be protected"¹

1. An endless journey in search of a 'place of safety'

*Acquarius*², *Sea Watch*³, *Diciotti*⁴ are no longer three of the many vessels navigating the Mediterranean Sea for human beings in need of rescue. They are the emblem of a European battle with migration in the context of the 2018 'Mediterranean crisis', driven by dominant masculine tones: Do not let migrants reach European shores⁵. This imperative stands no matter who these people are and what they have experienced before boarding a dinghy to cross the high seas. No longer considered human beings, they are treated as *numbers* to be *counted* and *allocated* somewhere, preferably outside the European Union (EU) or held as hostages on the high seas or in harbours for days or, even, weeks. Of course, their destiny could have been worse. They could have been pushed back to Libya or delivered directly to Libyan coast guards, giving rise to a cascade of human rights violations with further detention, additional ill-treatment and abuses, and more indiscriminate returns to compound what they have already suffered.

In the context of these 'closed doors', 'closed harbours' and 'closed boundaries' policies, are these people's stories of any concern? And, for example, do sexual orientation or gender identity (SOGI) as grounds for seeking international protection make any difference in deciding whether they can reach European shores safely or be blocked in transit countries and/or pushed back, directly or indirectly, to their countries of origin? Is European and international human rights law of any relevance? The answer to these questions seems obvious if we look at the political decisions adopted by the new Italian Government and, perhaps surprisingly, by the EU itself in the context of the externalisation of the management of migration flows. Neither people's reasons for fleeing, nor States' human rights commitments, appear to play a role if the ultimate aim is to prevent migrants from getting into Europe and, more specifically, into a EU Member State.

Indeed, one of the reasons for keeping them beyond European/EU borders lies in the odd belief that, in this way, their protection is not an Italian or EU responsibility. According to this view, international/EU law, the related human rights commitments, and refugee protection standards do not apply beyond Europe/EU. If and when a doubt arises in this respect, the extreme solution seems to be declaring the last country of transit before reaching European shores a 'safe' country, being it Turkey or a

- 1 Statement of X, man of 23 years old from Cameroon, who had escaped homophobia and was granted refugee status in Italy. It was collected in October 2017, during an interview carried out for the SOGICA research project, *supra*. Focusing on Germany, Italy and the UK, as well as the European Union (EU) and the Council of Europe, as case studies, this project aims to determine how European asylum systems can treat asylum claims on the basis of their sexual orientation or gender identity (SOGI) more fairly. Other than a documentary legal analysis, it includes also fieldwork research activities, i.e. individual interviews, focus groups and observations in Tribunals in all mentioned countries. The SOGICA fieldwork research has been approved by the Social Sciences & Arts Cross-Schools Research Ethics Committee (C-REC) ethical review process at the University of Sussex (Approval no. ER/NH285/1). When SOGICA findings are referred in this paper, they have to be understood as a preliminary analysis of the results of the documentary analysis and the fieldwork research, which include for Italy 41 interviews and 5 focus groups carried out during the period September 2017-September 2018. Although this contribution refers also to gender identity where relevant, it is not based on qualitative data in this respect.
- 2 Among many others, *Aquarius Migrant Rescue Ship Allowed to Dock in Malta*, 14 August 2018, at www.theguardian.com/world/2018/aug/14/aquarius-migrant-rescue-ship-to-be-allowed-dock-in-malta.
- 3 Among many others, *Migrants Drown after Mid-sea Bust-up between Libyan Coastguard and Charity Boat*, 7 November 2017, at www.dailymail.co.uk/news/article-5058803/Migrants-drown-bust-rescue-boats.html.
- 4 Among many others, *Standoff in Italian Port as Salvini Refuses to Let Refugees Disembark*, 21 August 2018, at www.theguardian.com/world/2018/aug/21/italy-refugees-salvini-refuses-coastguard-ship-docks-diciotti.
- 5 In this contribution, the term migration will be used in a broad sense. In fact, despite the distinction between 'migrants' and 'asylum seekers' possibly being outdated nowadays in light the current state of North-South mass movements of people in need of a better life, some aspects of the proposed analysis necessarily refer to both categories, especially as far as their travel towards Europe and their common experience in the countries of transit and on the high seas are concerned. Moreover, as far as possible, the term 'people who request/asking...' will be preferred to 'asylum seeker(s)' to avoid essentialising the need for international protection, being understood as only a temporary condition of their life.

North-African State, where new identified 'safe' harbours will be available for disembarking defenceless migrants⁶. It is no coincidence that these attempts are anticipated or followed by actions aimed at supporting such countries to manage migration flows, including the setting up of reception centres. In the European intentions, it seems that, in these centres, migrants should not only be held; they should also be returned to their countries of origin or third States, without any guarantee that the *non-refoulement* principle is respected⁷. At the same time, a variety of guidance and technical material is provided to reinforce a transit country's ability to control its land and/or maritime borders and ensure that European States'/EU's needs are met. The 2017 Memorandum of Understanding between Italy and Libya⁸ and the 2016 EU-Turkey Statement⁹ are only two eminent examples of this worrying trend. The less well-known and growing number of 'relocations' from Libya to sub-Saharan countries are also a case in point¹⁰. Although the involvement of international agencies, such as the International Organization for Migration (IOM) or United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), seems a given fact, there are no guarantees or evidence that, in the dedicated centres set up with bilateral and EU funding, people seeking asylum are treated in line with international human rights standards, especially when people with specific needs are involved¹¹.

To put it briefly, in the context of the current 'Mediterranean crisis' and externalisation of the management of migration flows, SOGI considerations are more invisible than ever *because* of the invisibility of the stories of people that escape from persecution in search of a 'safe haven' in Europe. To make things worse, even when they a) survive their travel towards Europe, b) are not pushed back and rescued on the high seas¹² and c) are finally disembarked at what is generally identified under international law of the sea as a 'safe harbour'¹³, people seeking asylum on SOGI grounds may still not be in a *safe place*.

- 6 The designation of a country as a 'safe third country' may result in a request for international protection not being considered on its merits but declared inadmissible, or processed in an accelerated procedure with reduced procedural safeguards. For an illustrative example, see the legislative measures adopted in Greece to implement the EU-Turkey Statement, *infra*, in 2016, at www.asylumineurope.org/reports/country/greece/asylum-procedure/safe-country-concepts/safe-third-country, and the relevant judicial practice, A. Kanavos, *A Critical Approach of the Concept of Turkey as a Safe-third Country under the Scope of the EU-Turkey "Common Statement" as Interpreted by the Greek Council of State and two different Independent Appeal Committees*, in *European Database of Asylum Law*, 10 July 2018. Critically, C. Costello, *Safe Country? Says Who?*, in *International Journal of Refugee Law*, 4/2016, 601-622.
- 7 For a detailed account of this principle, as enshrined in the European Convention on Human Rights (ECHR), see European Court of Human Rights, Grand Chamber, 28 February 2008, *Saadi v. Italy*, no. 37201/06. In general, see G.S. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 3, 2011, pp. 443-457.
- 8 See Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, signed in Rome, 2 February 2017.
- 9 EU-Turkey Statement, 18 March 2016, at www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/. On the Statement, E. Cannizzaro, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, 3-6; T. Spijkerboer, *Bifurcation of People, Bifurcation of Law: Externalization of Migration Policy before the EU Court of Justice*, in *Journal of Refugee Studies*, 2, 2018, 216. See the General Court's decision on the Statement as a 'non-EU agreement': European Court of Justice, General Court, Orders of 27 February 2017, *NF v European Council*, T-192/16; *NG v European Council*, T-193/16; *NM v European Council*, T-257/16. For a comment, C. Danisi, *Taking the 'Union' out the 'EU': The EU-Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement Between States under International Law*, in *European Journal of International Law Talk!*, 20 April 2017.
- 10 See the goals expressed in the *State of the Union 2017 – Commission presents next steps towards a stronger, more effective and fairer EU migration and asylum policy*, at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3406_en.htm, and the implementation process in EU Commission, *Contribution to the EU Leaders' Thematic Debate on a Way Forward on the External and the Internal Dimension of Migration Policy*, Brussels, 7 December 2017, COM(2017) 820 final.
- 11 European Council on Refugees and Exiles, *Asylum at the European Council 2018: Outsourcing or Reform?*, Policy Paper 4, August 2018, at www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/08/Policy-Papers-04.pdf. As for the term 'specific needs', to be preferred to 'vulnerable' claimants, it is used in light of the evolution of EU law and European Court of Human Rights' case law on people claiming asylum, in particular as far as reception conditions are concerned. See discussion in Section 4, below.
- 12 See, for example, what Amnesty International denounces in its last report, *Tra il diavolo e il mare blu profondo. I fallimenti dell'Europa su rifugiati e migranti nel Mediterraneo centrale*, 2018, in relation to two boats' incidents (one occurred on 16-17 July 2018, presumably after the Libyan Coast Guard sank a ship full of migrants, and one occurred on 30 July 2018, when a ship with more than 100 migrants was pushed back).
- 13 For a general discussion, see J.M. Van Dyke, *Safe Harbour*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010; M. Ratcovich, *The Concept of 'Place of Safety': Yet Another Self-Contained Maritime Rule or a Sustainable Solution to the Ever-Controversial Question of Where to Disembark Migrants Rescued at Sea?*, in *Australian Year Book of International Law*, 2015.

To be more precise, according to the relevant rules, disembarkation is to occur in a 'place of safety', i.e. 'where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met'¹⁴. Significantly, if we look at the International Maritime Organization's related Guidelines¹⁵, some additional points are stressed. The 'delivery to a place of safety should take into account the particular circumstances of the case', while disembarkation should be avoided 'in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea' (para. 6.15-6.17). Both requirements are indeed essential to support a human rights reading, including on SOGI grounds, of the international obligations at stake in the 2018 Mediterranean 'crisis'.

Yet, even if such international rules are read taking into account this group of claimants' needs, a 'safe harbour' is a fitting metaphor for their continuous search for a 'safe place'. In fact, when people who base their asylum request on SOGI are involved, even relevant legal terminology seems to acquire a different/specific meaning through the lens of their life experience. As SOGICA research project's preliminary findings in Italy indicate¹⁶, in this context *safety* does not (only) mean the guarantee to be disembarked in a place where it is possible to live freely in terms of one's sexual orientation or gender identity. Taking into account also people that are not willing to express openly their SOGI for a variety of reasons, a 'safe place' might therefore be defined as an interior condition or metaphorical space reached when a person no longer lives in fear. Put this way, people claiming international protection on SOGI grounds may be said to face an endless journey towards their own *safe space* even after they have disembarked in what is legally presumed to be a 'safe harbour'.

Relying on this broader conceptualisation of 'safe space', this contribution provides the first attempt to integrate SOGI considerations in the scientific debate on the legal implications of the current Mediterranean 'crisis' through the adoption of a human rights perspective. Since these considerations have not been addressed or integrated to date in the international and/or EU law literature, this article aims to fill this gap drawing attention to the initial phase of the journey undertaken by people fleeing homophobia and transphobia and to the related international/EU law's obligations and international responsibility for all actors involved. The originality of the contribution lies also on the evidence available by this author. In fact, most participants of the SOGICA research project in Italy arrived as a result of search-and-rescue operations following their attempts to reach European shores through the Northern-Africa routes. Data collected in this context informs therefore the entire reasoning¹⁷.

Drawing from international and European human rights law, it is argued that granting a 'place of safety' for people who claim international protection on SOGI grounds means that different, negative and positive, human rights obligations need to be met. These duties may concur to avoid additional forms of 'persecution' to these claimants by ensuring the conditions of safety in three key moments of their asylum experience. For this reason, a tripartite, interconnected, analysis is here advanced. First, it is necessary to explore the duty to grant a 'safe space' during travel towards European shores, especially in the transit countries where they are forced to stay, potentially for years (section 2). Second, considering the attempts to reach Europe by sea, the notion of 'safe harbour' is re-assesses through a SOGI lens (section 3). Third, at arrival, when these claimants are eventually allowed to disembark in a European harbour, safety is scrutinised in relation to reception conditions (section 3). Provocatively, a question will finally be asked in section 4: is Europe really a 'safe harbour' for people asking for international protection on SOGI grounds?

14 See the Annex to the *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)*, adopted on 27 April 1979 and entered into force on 22 June 1985, paragraph 1.3.2, and International Maritime Organisation, *Resolution MSC.167(78) on Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, 20 May 2004, 6.12. J. Coppens, E. Somers, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 3, 2010, pp. 377-403; K.S. O'Brien, *Refugees on the High Seas: International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2011, pp. 715-732.

15 These are included in *Resolution MSC.167(78)*, *ivi*.

16 See *supra* for more info on the SOGICA project. The same reference applies to all subsequent preliminary findings related to the fieldwork carried out for the SOGICA research.

17 This paper relies only on a preliminary analysis of this data. This qualitative evidence will be further explored in other in-progress contributions, to be published in the near future as part of the ongoing research carried out by the entire team in the context of SOGICA.

2. The duty to protect beyond European borders: towards *safe(r) routes*?

The entire political debate over migration in Italy, as well as at EU level, is dominated by a clear goal. It supports the strengthening of international cooperation, through a variety of bilateral or multilateral actions, to prevent migrants, including those in need of international protection, from reaching European shores and crossing European borders. The underlying premise is that Italy, as well as any other European country and the EU, has no responsibility 'beyond European borders'. If analysed from an international refugee law perspective, this general belief should be confirmed. In fact, the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugee requires that, in order to ask for international protection, claimants must find themselves 'within' the country that may grant that protection¹⁸. If analysed from a human rights law perspective, this general assumption is, at least, controversial. In light of the evolution of international human rights law, it cannot be denied that, nowadays, it suffices for a person fleeing persecution to be within the 'jurisdiction' or under the 'control' of one of the States bound by international human rights treaties to receive such protection¹⁹. This protection may include the right to not be returned to a country where one may be exposed to torture (the principle of *non-refoulement*), the right to present one's individual case before an independent and impartial authority for avoiding their *refoulement*, and the right to security and personal liberty²⁰. Yet, when people claiming asylum do not find themselves under such jurisdiction or control, it seems that human rights obligations binding relevant States and the EU do not apply. Consequently, it is said that the responsibility under human rights law for the treatment of migrants headed to Europe, including people claiming asylum, rests entirely on the countries of transit.

The issue of extraterritorial obligations under international and European human rights law therefore also assumes great relevance for people seeking international protection on SOGI grounds. As many male nationals of sub-Saharan countries interviewed in Italy in the context of the SOGICA project have confirmed, the need to reach European shores through non-legal routes put them in an extremely difficult position where the risk of again experiencing abuses amounting to persecution is very high. Most reported that they were forced to travel with their fellow citizens, with the consequent need to avoid any behaviour that might raise suspicion concerning their 'masculinity'. They were easy targets for blackmailing, sexual violence and financial extortion if – simply through some spontaneous act or behaviour – their reasons for flight were discovered. To make things worse, along the route to their 'safe' place, they passed through States with high levels of social and legal homophobia and transphobia. In these circumstances, it becomes clear that SOGI claimants cannot even resort to the protection of the authorities in the countries of transit. This is particularly evident in Libya, where most interviewees reported experiences of long detention and forced labour to pay for a 'safe' (!) passage on a boat headed (ideally) to Italian shores²¹. In brief, both the travel through, and the stay in, countries of transit may bend the resilience of SOGI claimants.

This state of affairs may imply, at least in principle, a sort of extraterritorial responsibility of the receiving European countries and, possibly, the EU, for the human rights violations to which people fleeing homophobia and transphobia are (additionally) exposed. Firstly, we may refer to a kind of responsibility in terms of omission due to the lack of legal routes to the European country where asylum would be requested. Secondly, a sort of international responsibility may be raised in terms of aid or assistance in the commission of human rights violations perpetrated by the countries of transit, if specific conditions are met. To verify these implications we may resort, respectively, to EU law²², especially in

18 *Convention relating to the Status of Refugee*, opened to signature in Geneva on 28 July 1951 and entered into force on 22 April 1954, Art. 1, A(2).

19 M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford Un. Press, 2011.

20 In relation to the European Convention on Human Rights, see European Court of Human Rights, Grand Chamber, 23 February 2012, *Hirsi and Others v. Italy*, no. 27765/09; Grand Chamber, 15 December 2016, *Khlaifia v. Italy*, no. 16483/12; 21 October 2014, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, no. 16643/09.

21 See also Amnesty International, *Tra il diavolo e il mare blu profondo. I fallimenti dell'Europa su rifugiati e migranti nel Mediterraneo centrale*, 2018, where a worrying trend is reported: although a minor number of people are trying to cross the Mediterranean Sea, the number of deaths has increased in recent months. Actually, bearing in mind the current level of instability of Libya, in that country no sort of protection whatsoever is possible for migrants in general: see UNHCR, *Position on Returns to Libya*, September 2018, at www.refworld.org/docid/5b8d02314.html.

22 L. Heschl, *Protecting the Rights of Refugees Beyond European Borders*, Cambridge, Intersentia, 2018.

relation to the EU Charter of Fundamental Rights (CFR or EU Charter)' obligations as these were read by the Court of Justice of the EU (CJEU), and to international law, particularly in relation to the customary rules on international responsibility of States and international organisations²³.

Generating high expectations for an evolution of EU law in favour of people fleeing persecution, in 2017 a Belgian Court asked the CJEU to establish whether EU law obliged Belgium to issue a short-term visa, on humanitarian grounds, to a Christian Syrian family who intended, once in Belgium, to apply for asylum²⁴. While the Belgian Embassy in Beirut rejected their request, a short-term visa was the only way for the applicants to avoid a risky, irregular journey to reach European borders. Implications in terms of human rights violations were clear. According to the claimants, only a humanitarian visa could prevent their right to life and the prohibition of torture as protected by the CFR from being infringed. Yet, the CJEU provided a negative answer to the Belgian Court. In its view, Belgium is not obliged to provide a visa to people planning to claim international protection such as the applicants because, at the 'current time', EU law leaves this possibility to Member States' discretion. Hence, for the CJEU, since the EU Visa Code²⁵ does not apply in such scenarios, the CFR also cannot apply to future asylum claimants such as the applicants (see Article 51 of the EU Charter). In other words, and unsurprisingly, by preventing the application of EU law, the CJEU avoided attributing evolving human rights obligations to the EU Charter. This reasoning leaves nonetheless enough room for discussion in human rights terms.

To begin with, expressing a powerful opinion based instead on human rights considerations, Advocate General (AG) Mengozzi reached the opposite conclusion. He stressed the 'positive obligations' emerging from the prohibition of torture binding the EU and Member States under the EU Charter. In contrast with the subsequent Court's judgment, the AG argued that, when the EU Visa Code is the grounds for refusing a short-term visa as in the applicants' case, Member States should be obliged to provide, under the EU Charter, a legal route to people seeking asylum. In fact, if there are substantial grounds to believe that the refusal would expose them to inhuman or degrading treatment in the country of origin as well as in countries of transit, the Charter requires avoiding this exposure by way of granting alternative routes to their 'safe place'²⁶. Significantly, because of the different conclusions reached on the application of EU law, the CJEU's judgment did not deny this interpretation *per se*, because it did not address the question of positive obligations under the EU Charter at all. As a matter of principle, this means that, if and when the issue of visas for stays longer than three months is harmonised by EU law, such positive obligations may arise for Member States under EU law.

Nevertheless, we may also argue that, at this stage, these positive obligations flow from international human rights treaties prohibiting torture, including the European Convention on Human Rights (ECHR), to which EU States are bound. In this respect, the Advocate General's reference to the *specific condition* of the applicants – a religious minority in their country of origin²⁷ – as a crucial element to raise such obligations can be fundamental to substantiate this argument from a SOGI perspective. In relation to sexual and gender minorities, there is also evidence from a variety of reliable sources to show that, being at risk of persecution in their countries of origin and transit, they may be exposed to torture and degrading or inhuman treatment as a direct consequence of the refusal of humanitarian visas. As a result, relevant international treaties may be read as imposing obligations aimed at preventing additional forms of abuse, where States are able to act to prevent their occurrence. Although similar obligations have not been raised under international treaty law to this day²⁸, SOGI asylum claimants will certainly

23 International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two); Ead., *Draft Articles on Responsibility of International Organisations for Internationally Wrongful Acts*, *ibid*.

24 European Court of Justice, Grand Chamber, 7 March 2017, *X and X*, C-638/16 PPU. In general, V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017; Ead., *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: case PPU C-638/16 X, X v État Belge*, in *Conflict and Compromises between Law and Politics in EU Migration and Asylum Policies*, 2018, 46, at <http://odysseus-network.eu/conference-2018/>.

25 Regulation (EC) no. 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas, in OJ 2009 L 243/1.

26 *Opinion in case C-638/16 PPU X. and X. v. État Belge*, Advocate General Mengozzi, 7 February 2017.

27 *Ibid.*, 148.

28 To the knowledge of this author, to this day no human rights bodies, at universal or regional level, have read the prohibition of torture as a way to impose the issue of a humanitarian visa to avoid torture in a situation that does not fall within the "jurisdiction" of a State party. As for the European Court of Human Rights, this evolution might be prevented by the 'restrictive' approach adopted in the past by the Court on jurisdictional links between contracting States and alleged victims living

benefit from what appears to be a potential (inevitable) development of international human rights law (and also, in case of harmonisation of relevant rules, of EU law).

Coming to the general rules on international responsibility, the potential consequences of the assistance or aid given to countries of transit to prevent asylum claimants, including those who seek protection on SOGI grounds, from reaching European borders and/or returning them to third countries seems less controversial. Although human rights violations are not perpetrated by European States or by the EU, their international responsibility may nonetheless be raised for cases of torture, prohibited ill-treatment, and arbitrary detentions as reported by international bodies and NGOs. In fact, the non-incidental assistance or aid aimed to create the conditions for perpetrating those violations can be crucial for demanding the suspension of any cooperation with countries of transit under customary international law²⁹. Yet, for this to happen, according to the relevant rules on international responsibility, it is necessary that European States providing aid or assistance connected to those violations are *aware* that that aid or assistance will result in such wrongful acts³⁰. Although doubts might exist about the fact that these requirements are met when this reasoning is applied to migrants taken as a whole category³¹, it is argued that these requirements are certainly satisfied when people seeking asylum on SOGI grounds are involved. In fact, how sexual and gender minorities are treated in most countries of transit is common knowledge, and it is equally knowable that assistance or aid aimed to keep them under homophobic and transphobic countries' authorities is an undisputable route to violations of the right to life and of the prohibition of torture. As a result, under international law, European States should stop such assistance and aid, or, if they are willing to cooperate, they should carry out this cooperation in a way that does not endanger SOGI claimants. The same reasoning may be applied to the aid and assistance provided by the EU³².

In sum, the combination of these positive and negative obligations and calls for responsibility might lead to safe routes for people fleeing homophobia and transphobia. Interestingly, in granting this group an alternative to dangerous travel paths, international human rights law makes clear that specific considerations based on their personal characteristics should be adopted. That is also why SOGI considerations should be integrated in the implementation of the international framework governing travel on the high seas and disembarkation, at least in relation to the treatment to be granted and to the identification of the place where the disembarkation occurs.

3. The duty to rescue and disembark: towards *safe(r) destinations*?

To a certain extent, once people seeking asylum have set sail on the Mediterranean, international obligations binding European States and, possibly, EU agencies seem clearer: not only are they called upon to save lives in the sea, but when boats have not entered into their maritime space, European States cannot push back migrants in a collective way without giving each of them – individually – the opportunity to present their case for international protection. These obligations are essentially enshrined in the international law of the sea³³ and in international human rights treaties, especially in the ECHR as read by

outside. For an illustrative case of this approach, see European Court of Human Rights, 11 December 2006, *Ben El Mahi v. Denmark*, no. 5853/06 (dec.).

29 See International Law Commission, *Draft Articles on the Responsibility of States*, *supra*, Art. 16.

30 The element of knowledge in such a scenario may indeed be capable of satisfying the intent element under Art. 16, *ibid*. See the comment to the Article provided by the International Law Commission and, as applied to the European approach, D. Davitti, M. Fires, *Offshore Processing and Complicity in Current EU Migration Policies*, in *European Journal of International Law Talk!*, 10-11 October 2017; A. Skordas, *A 'Blind Spot' in the Migration Debate? International Responsibility of the EU and its Member States for Cooperating with the Libyan Coastguard and Militias*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 30 January 2018.

31 *Contra* F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extra-territoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, 24.

32 International Law Commission, *Draft Articles on the Responsibility of States of International Organisations*, *supra*, Art. 14. It is worth noting that, under its Treaties, the EU has an obligation to develop its international relations in light of its founding values that include the respect (and the protection) of human rights: see Art. 3.5 and 21.1 of the *Treaty on the European Union*, OJ 2010 C 83/13. On this subject, M. Balboni, C. Danisi (eds.), *Human Rights as a Horizontal Issue in EU External Policy*, forthcoming.

33 *SAR*, *supra*; *International Convention for the Safety of Life at Sea*, adopted on 1 November 1974 and entered into force on 25 May 1980. See also International Maritime Organization, *Resolution MSC.155(78) on the Adoption of Amendments to the SAR*, 1979, 20

the European Court of Human Rights (ECtHR) in the famous *Hirsi* case³⁴. Yet, it seems that the ways in which these very general duties are respected may aggravate the suffering of people seeking asylum, especially of those with specific needs.

The current policy of the Italian Minister of Internal Affairs is illustrative of the risks. After having prevented NGOs' boats from searching for and rescuing people in the Mediterranean who have been left at the mercy of the sea by smugglers³⁵, his subsequent directive aims to block all rescue ships, including (incredibly) those of the Italian Coast Guard, from docking and disembarking in Italy³⁶. As has been pointed out elsewhere, every time a ship with rescued migrants arrives, we are forced to witness political stand-offs and macho posturing, while people are left stranded³⁷. In this scenario, without appropriate considerations based on a human rights lens, people fleeing homophobia and transphobia may experience additional distress. At least two different aspects related to the consequences of these new policies are explored here to establish how these people may be granted a 'safe harbour' worthy of the term.

First, to this day SOGI considerations have not played any role in the definition of the bilateral or multilateral agreements on the disembarkation of migrants after they have been rescued. Yet, they are crucial to the obligations under the international law of the sea in light of the human rights treaties to which European States are bound, if the additional suffering SOGI claimants often experience is to be avoided. To be more specific, if we analyse the duty of coastal States for establishing and carrying out search and rescue operations, it is easy to find that the State where the rescue has taken place is not (also) under an obligation to allow disembarkation³⁸. Hence, that State – i.e. Italy in the Mediterranean, because of Malta's refusals and Libya's deficiencies – is only called upon to take the lead in finding a State that might accept disembarkation. In practice, this means that if Italy is not obliged to allow rescued migrants to land in its own territory, it should coordinate all actors involved to identify a 'place of safety'. In the context of these activities of coordination and subsequent designation of a place of safety, the adoption of a human rights lens is indeed crucial for people fleeing for SOGI related reasons.

On the one hand, there is no evidence that, to the present day, this coordination has been carried out with due diligence³⁹, especially in terms of speed, and has been based on the criterion of proximity. This state of affairs has resulted in prolonging the journey of rescued migrants, with evident implications for those who have specific needs. For instance, in the case of *Acquarius*, when Spain finally accepted to disembark migrants, the expected journey was soon deemed dangerous in light of the precarious condition of the rescued people. Such a situation might be intolerable, for example, for people who claim asylum on gender identity and experience particular health issues. Equally, as some claimants reported during the SOGICA fieldwork in Italy, without appropriate information on the 'common living rules' in the boat, i.e. no discrimination allowed to sexual and gender minorities, the experience of fear and persecution originating in the country of origin persists. Of course, in the case of rescue operations, these aspects should be added to the extreme physical and psychological suffering connected to their rescue.

On the other hand, there is no indication that, up to this point, this coordination has differentiated the level of 'safety' of the place of disembarkation in response to rescued people's individual experiences. In other words, since the identification of the destination of rescued people has not been based on human rights grounds as required by the above relevant rules, there have been no guarantees that SOGI asylum claimants will disembark in a State without widespread homophobia and transphobia. This concern is more than a hypothetical one, especially if we consider the proposals, advanced both at EU

May 2004, Annex 5. For a recent analysis of current practices, D. Ghezelbash, V. Moreno-Lax, N. Klein, B. Opekin, *Securitization of Search and Rescue at Sea: The Response to Boat Migration in the Mediterranean and Offshore Australia*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, 315.

34 European Court of Human Rights, *Hirsi and Others v. Italy*, *supra*.

35 Interestingly, most SOGICA participants in Italy confirmed they had been abandoned on the high seas by their smugglers. On NGOs' involvement, see K. Gombeer, M. Fink, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, in *Maritime and Safety and Security Law Journal*, 4/2018, 1.

36 Among others, *The Telegraph*, 10 July 2018, at www.telegraph.co.uk/news/2018/07/10/italy-intensifies-campaign-against-migrants-refusing-access/

37 C. Woollard, *Editorial: The Story of the Summit: European Solutions not EU Solutions*, in *European Council on Refugees and Exiles Bulletin*, 29 June 2018.

38 M. Fink, K. Gombeer, *The Aquarius Incident: Navigating the Turbulent Waters of International Law*, in *European Journal on International Law Talk!*, 14 June 2018.

39 V.P. Tzevelekos, E. Katselli Proukaki, *Migrants at Sea: A Duty of Plural States to Protect (Extraterritorially)?*, in *Nordic Journal of International Law*, 4/2017, 427.

and national level, for establishing disembarkation platforms in North Africa⁴⁰. Having into mind their internal legislation on sexual and gender minorities, there is no doubt that, on SOGI grounds, no country in that region can be identified as a place of safety where an application for international protection will be fairly assessed. Even more, such solutions are far from being based on the international law of the sea's relevant rules.

Second, another neglected issue in the relevant academic debate relates to the treatment reserved to those rescued migrants that are prevented from disembarking because of the lack of an agreement intra-EU or between EU Member States and other European States⁴¹. The *Diciotti* case is illustrative in this respect. Firstly, migrants were forced to stay in the Sicilian harbour of Catania for days. Secondly, when an agreement for their disembarkation was eventually reached, the coordinated solution included Albania as one of the countries of destination for a group of those migrants. From a SOGI perspective, both these aspects appear to be extremely problematic. On the one hand, there is no evidence that SOGI was a criterion for allowing people fleeing homophobia and transphobia to disembark along with other claimants having specific needs⁴². On the other, SOGI considerations did not apply in identifying Albania as a destination country, raising the risk that, if they were present, asylum claimants belonging to sexual and gender minorities were sent to that country⁴³. In relation to both aspects, Italy's international human rights law commitments, in conjunction with EU related obligations, would have suggested a different approach.

In fact, considering that rescued migrants were under the jurisdiction or control of Italian authorities⁴⁴, the ECHR – particularly Article 3, on the prohibition of torture and other degrading and inhuman treatment, and Article 5, on the right to liberty and security – applied. According to the principles established in the ECtHR's case law, Italy should have adopted appropriate actions to avoid the treatment of people rescued by the *Diciotti* reaching the threshold of severity established by Article 3 ECHR as amounting to torture or inhuman or degrading treatment⁴⁵. Italy was also under a clear obligation to not restrict the personal freedom of the people seeking international protection according to Article 5 ECHR, unless the conditions provided for in paragraph 1, f), of this provision were met. In fact, it is widely accepted that this part of Article 5 ECHR allows contracting States to arrest or detain a person 'to prevent his effecting an authorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition'⁴⁶. It does not seem that rescued people fall into one of these situations. All this means that, as far as *Diciotti* is concerned, the holding of people in the Sicilian harbour for days amounted to *prima facie* unlawful detention and possibly, due to the related psychological and physical suffering, degrading treatment in contrast with Article 3 ECHR. Moreover, it may be argued that Italy had a duty to respect these international commitments taking into account the individual conditions of every person 'detained' on the boat, including their SOGI. The ECtHR's reading of the ECHR supports this view. On the one hand, in case law on Article 3 ECHR, it has affirmed that the level of severity required to find degrading treatment depends also on personal characteristics and conditions of the person at stake, such as sex, health and age, thus potentially also including sexual orientation and gender identity⁴⁷. As a result, if Italy did not pay appropriate attention to these factors in determining the living conditions on the boat, it was not able to prevent degrading treatment of those who may have been fleeing

40 European Council, *Conclusions*, 28 June 2018, EUCO 9/18, para. 5; European Commission, *The Legal and Practical Feasibility of Disembarkation Options. Follow-Up to the Informal Working Meeting of 24 June 2018*, June 2018; Ead., *Non-Paper on Regional Disembarkation Arrangements*, 24 July 2018; IOM/UNCHR, *IOM-UNHCR Proposal to the European Union for a Regional Cooperative Arrangement Ensuring Predictable Disembarkation and Subsequent Processing of Persons Rescued at Sea*, 29 June 2018.

41 This aspect would be increasingly important if recent proposals aimed to process asylum requests at seas will be eventually adopted and implemented: see European Council on Refugees and Exiles, *Italy and Austria Look to 'Solve' Disembarkation Crisis by Processing Migrants at Sea*, 21 September 2018.

42 See *Nave Diciotti, sbarcano i minori dopo l'ok di Salvini*, at <https://tg24.sky.it/cronaca/2018/08/22/nave-diciotti-maltempo-catania.html>.

43 See below for the evidence related to Albania, as well as any non-EU Member State, and for the reasons why this risk emerges.

44 See already European Commission of Human Rights, 24 June 1996, *Sanchez Ramirez v. France*, no. 28780/95; European Court of Human Rights, Grand Chamber, 12 May 2005, *Ocalan v. Turkey*, no. 46221/99.

45 For example, European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Khlaifia and Others v. Italy*, *supra*; 11 June 2009, *S.D. v. Greece*, no. 53541/07.

46 European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Khlaifia and Others v. Italy*, *supra*, para. 90.

47 *Ibid.*, para. 158-167. On the application of the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment to measures motivated by one's sexual orientation, including implications under the principle of *non-refoulement* and the lack of any form

persecution on SOGI grounds. On the other hand, in the seminal case *O.M. v. Hungary*, the ECtHR established in unequivocal terms that, even when a person is lawfully deprived of his/her/their liberty at their borders, contracting States' authorities shall adopt appropriate measures in light of migrants' sexual orientation⁴⁸. The fact that this deprivation of liberty occurred in a boat flying the Italian flag has to be seen 'only' as an additional element, because migrants were already placed under Italy's control⁴⁹. Hence, Italy should have considered adopting appropriate measures for identifying such people and, if present, addressing their specific needs by providing adequate support or disembarking them together with other people having particular needs⁵⁰.

To go further, under Article 13 ECHR on the right to an effective remedy, all migrants rescued by the *Diciotti* were entitled to present their individual case to Italian authorities, especially if there was any risk of being exposed to torture or other prohibited treatment if returned to the country of origin or to a third country⁵¹. This obligation is also crucial for the identification of Albania as a destination country for a group of rescued people. Without any previous individualised assessment of this risk, also to be carried out on SOGI grounds, there are substantial reasons to maintain that the agreement, which followed the *Diciotti* incident, was unlawful. More generally, the danger is that similar agreements will increase in number as long as the policy of closed harbours continues to be implemented. Albania will be followed by other non-EU Member States that, despite everything, are not required to apply EU standards as those set out in the Common European Asylum System (CEAS) and the CFR. Although countries that are members of the Council of Europe, like Albania, have ratified the ECHR, this is not a sufficient guarantee that human rights will be respected and the asylum request will be duly examined, as the ECtHR has often recalled⁵². This is even more the case for people claiming asylum on SOGI grounds. To take the example of Albania as in the *Diciotti* case, it is known that it has a poor record in terms of respect of sexual minorities' rights as well as asylum standards⁵³. Therefore, any agreement between the country of disembarkation and the receiving countries must be reconciled nonetheless with the risk of indirect *refoulement*. In other words, only a previously EU/EU Member States' assumption of responsibilities for relocation of people with specific needs after disembarkation, including those fleeing on SOGI grounds, may justify the cooperation or involvement of non-EU States.

In sum, the increasing sophistication of the legal reasoning around the general duties binding coastal States at political level seems to result in the circumvention of their human rights obligations. The consequence is a worrying, and growing, refusal of private ships sailing the Mediterranean to rescue and save people on the high seas⁵⁴. Despite international human rights law seeming to imply an obligation binding a plurality of States to protect migrants at sea as a corollary of the duty of due diligence⁵⁵, based on criteria of effectivity and capacity, European States are instead engaged in a joint strategy to prevent arrivals. It is no coincidence that, in this strategy, human rights law is regarded as a separate non-applicable legal framework or, in the best scenario, not fully integrated in the implementation of rescue and disembarkation policies. For this reason, despite its potential role in protecting rescued migrants in general, and more specifically people claiming asylum on SOGI grounds, the path towards 'safer harbours' seems to be increasingly harsher.

of recognition of same-sex relations, see C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, ch. 4.

48 European Court of Human Rights, 5 July 2016, *O.M. v. Hungary*, no. 9912/15.

49 European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Hirsi and Others v. Italy*, *supra*, para. 70-82; Grand Chamber, 23 March 2010, *Medvedyev and Others v. France*, no. 3394/03; and case law referred to in footnote 44.

50 See *Nave Diciotti, sbarcano i minori dopo l'ok di Salvini*, *ivi*.

51 European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Sharifi and Others v. Italy*, *supra*, para. 166-181.

52 European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Saadi v. Italy*, *supra*, para. 147.

53 ASGI, *Diciotti: Illegittimo trasferire i migranti in Albania*, 28 August 2018. In general, see the results of the Universal Periodic Review within the framework of the Human Rights Council, completed in 2014, at www.upr-info.org/en/review/Albania/Session-19---April-2014.

54 UNHCR, *Desperate Journeys. Refugees and Migrants Arriving in Europe and at Europe's Borders*, 2018, at <http://www.unhcr.org/desperatejourneys>.

55 V.P. Tzevelekos, E. Katselli Proukaki, *supra*, 427.

4. The duty to address specific needs at arrival: towards *safe(r) receptions*?

From the analysis carried out it is evident that, without a change in the political struggle within the EU, Member States of first arrival will continue to face increased responsibilities. Moreover, while the policy of externalisation of management of migration flows is supposed to be further implemented, the countries placed at the Southern borders of the EU will be the natural hosts of a new phase of migration polices dominated by the hotspot approach⁵⁶. As has been recalled elsewhere⁵⁷, this general impasse may be shattered in the near future if two current proposals on the table are eventually adopted. The first one seems to consist in the approval of a list of European harbours where, on a rotatory basis, rescued migrants will be disembarked. The second one is the widely awaited reform of the Dublin Regulation system into a more jointly responsible allocation of asylum requests among EU Member States. Since both proposals are, however, far from seeing the light, it may be supposed that Southern European countries will continue to bear the burden of reception in the near future. This aspect is aggravated by the system currently in place for identifying which EU Member State has the responsibility to evaluate their asylum application, as governed by the Dublin Regulation⁵⁸.

In fact, under the Dublin Regulation these countries already appear to be a forced destination for the evaluation of requests for international protection. While this system remains unfair for countries of first arrivals from a general point of view⁵⁹, the adoption of a SOGI lens allows us to see that it has particularly unfavourable consequences for claimants on SOGI grounds. Its provisions seem to exclude *a priori* that these people can benefit from all the criteria established therein. Crucially, the focus on family relationships, which is aimed to reunite family members during the asylum determination process, may be ineffective for this group of claimants if family is understood in heteronormative terms⁶⁰. The issue is not (only) whether the concerned Member State identifies same-sex unions as a family or not. There are other considerations. Firstly, from a general point of view, it would be impossible for these claimants to be married to their same-sex partners; clearly this impossibility is in itself part of the reason for fleeing their countries of origin and, possibly, part of the harm leading to persecution. Secondly, although civil partnership is included in the Regulation as a basis for identifying a family, for the same reasons now mentioned, this form of legal recognition is not provided to these claimants in their countries of origin (and of transit). Thirdly, a joint reading of Articles 2 and 10 of the Dublin Regulation, related to a family member who is also an asylum seeker to be reunited at arrival, seems to require that the family should have originated in the country of origin. This leaves out, in legal terms, the possibility that a person who requests asylum on SOGI grounds and who has met his/her same-sex partner in one of the countries of transit could be transferred to the same country where the latter is processed, if his/her partner has reached EU first. Fourthly, a joint reading of Articles 2 and 9 of the same Regulation supports in principle the possibility that, irrespective of where the union has originated, a claimant who is the same-sex partner of a refugee living in EU can be reunited with the latter during the asylum determination process. Yet, it is unclear how these third-country nationals can prove their relationship. Again, if they had to hide their SOGI to avoid persecution even in the countries of transit, proving their relationship might be an insuperable obstacle unless 'shared' persecution may be in itself a proof of their union. This requires, of course, that the concerned EU Member State be ready to read the Dublin Regulation's criteria through a SOGI lens.

However, as participants of the SOGICA project in Italy consistently reported, it is difficult for people claiming asylum, especially after being rescued and disembarked in a European harbour, to declare their family status in 'Western terms'. This difficulty is compounded by the fear of declaring at arrival the real reason for fleeing their countries of origin. Consequently, people requesting international protection on SOGI grounds who are in a same-sex relationship and can be reunited in another EU

56 S. Velluti, *New Migrant Processing Centres in EU Must Avoid Inhumanity of 'Hotspots' in Greece and Italy*, in *The Conversation*, 9 July 2018.

57 M. Fink, K. Gombeer, *The Aquarius Incident*, *supra*.

58 Regulation (EU) no. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, in OJ 2013 L 180/31.

59 F. Munari, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 517 ss.

60 Regulation (EU) no. 604/2013, *supra*, Articles 2, 9, 10 and 11.

Member State may also be forced, under the current system, to remain in the first country of arrival for the determination of their refugee status⁶¹.

In sum, although SOGI specific data is not available, in light of general trends of arrivals people claiming international protection on SOGI grounds getting to Europe across the Mediterranean risk 'being stuck' in Southern-Europe States. That is why, considering the support of relevant EU agencies for the management of the hotspots set up in these countries, a twofold exploration is required to assess whether or not the latter provide a 'safe harbour', in terms of first reception, to people fleeing homophobia or transphobia.

First, considering that all States involved – Greece, Italy and Spain – are called on to implement the Reception Directive as EU Member States, nothing in that Directive requires them to provide any kind of SOGI-dedicated services at arrival⁶². For instance, as SOGICA participants confirmed, there is no obligation whatsoever to inform people who disembark that SOGI can be the reason for granting international protection or to make all migrants aware that sexual and gender minorities are protected by law. Yet, as many reported, during and after disembarkation, people may be totally unaware of the place they have reached and whether it is somewhere where sexual and gender minorities are at risk of being prosecuted or not⁶³. Only those people with a high level of education and/or from wealthy families seem to have had a clear overall picture of what was happening to them. To make things worse, neither national or EU law requires in these countries the setting up of reception centres dedicated to those asylum claimants who identify themselves as LGBTI+. Only if they are recognised as 'vulnerable' asylum applicants, for the (unrelated) reasons provided by Article 21 of the EU Reception Directive, might their specific needs be handled effectively⁶⁴. Hence, there are needs that EU-driven legislation does not address and the sense of fear that these asylum claimants have experienced throughout their lives is likely to remain vivid upon arrival in Europe. Except for NGOs' attempts to fill the gap by way of (informal) coordination, sensitization or setting up of dedicated centres or simply shared living spaces⁶⁵, the reception systems of the countries at EU borders are far from effective at providing safety on SOGI grounds.

Second, more and more people in need of international protection seem to be channelled at arrival into EU-led 'hotspots', which will be further entrenched with the setting up of the new so-called 'controlled centres'⁶⁶. Rather than filling the above gap in protection, this system seems to expand it. Because there are no specific provisions regulating these centres, we might hope that, at the very least, the standards set out by the Reception Directive will be ensured (as well as those enshrined in the CFR, which certainly applies). Yet, the way these centres are currently managed seems to infringe even these minimum standards, aggravating the fate of people seeking asylum on SOGI grounds. At root, the ultimate goal of the EU hotspot system is to accelerate the process of identification and distinction between people who are in need of international protection and those who have migrated for economic reasons. According to the evidence available, this process takes place in a very short period of time and in very precarious material conditions⁶⁷. Only taking into account these aspects, it is clear that such a system risks being very far from facilitating the expression of claimants' real reasons for leaving their countries (especially when these reasons are not yet clear in 'Western terms'⁶⁸). The involvement of EU agencies, such as the European Asylum Support Office (EASO), is not a guarantee that this risk can be

61 All research carried out in this field report that data on SOGI asylum requests are rarely collected. For the reasons explored here, the collection of data on the application of the Dublin Regulation to people requesting asylum on SOGI grounds seems even more difficult. For the few statistics available, see www.sogica.org.

62 Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 Laying Down Standards for the Reception of Applicants for International Protection, in OJ 2013 L 180/96. For the new recast proposal and implications for people in need of international protection on SOGI grounds, see the analysis carried out by Nuno Ferreira below.

63 Almost all interviewees who participated in the SOGICA fieldwork in Italy have arrived by sea and reported this state of confusion/fear, which was not relieved by the subsequent operations aimed to identify and allocate them in different temporary reception centres across the country (i.e. without any considerations based on SOGI). For instance, X, male, 23 years old from Cameroon, interviewed in October 2017 (refugee status granted in Italy).

64 See Directive 2013/33/EU, *supra*, Art. 22.

65 In relation to Italy, see the dedicated section at www.ilgrandecolibri.com/en/migrants.

66 European Council, *supra*.

67 ASGI, *Chiuso l'hotspot di Lampedusa-CILD, ASGI e IndieWatch: "Condizioni disumane e violazioni dei diritti umani"*, 14 March 2018.

68 See the seminal study of J. Millbank, *From Discretion to Disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom*, in *The International Journal of Human Rights*, 2-3/2009, 391.

avoided. Despite EASO's commitment to the issue of SOGI asylum and the principles that should guide their work⁶⁹, it is not even clear whether they can be held accountable for this processing and how this responsibility can eventually be raised. In short, these hotspots do not generally match the European human rights framework's standards, while falling short of adopting a SOGI lens, in particular.

The combination of these factors, to be read in conjunction with the growing evidence of discrimination against all people having a migratory background in some countries⁷⁰, may in the near future result in reception conditions at arrival that might be even less safe than those currently in place. Yet, as contracting parties of the ECHR, EU States have already, at arrival, a duty to individually assess the needs of asylum applicants '*who claim to be a part of a vulnerable group*'⁷¹ (including in border areas or, as argued above, in any circumstance where they are placed under the authorities' control, such as on the high seas). According to the ECtHR, this positive obligation is meant to avoid situations '*which may reproduce the plight that forced these persons to flee in the first place*', especially when they are placed with other people coming from countries '*with widespread cultural or religious prejudice against such persons*'⁷². Hence, when Southern European countries are called upon to offer initial reception to rescued people, they are already under a duty to carry out individualised assessments at arrival for avoiding the risk of reproducing the environment of persecution already suffered or feared in their lives.

Crucially, if this duty is not respected in all phases of reception, the denial of a 'safe space' to people claiming asylum on SOGI grounds may create a case under Article 3 ECHR for the purpose of disapplying the Dublin Regulation. In line with the principles emerged in *O.M. v. Hungary* recalled above and the other relevant ECtHR's case law⁷³, the state of the reception system can be one of the essential elements that a contracting State should take into account when deciding to send applicants back to another State party under that Regulation. Hence, the possibility of leaving people claiming asylum without accommodation or accommodating them '*in overcrowded facilities without any privacy*' or '*in insalubrious or violent conditions*' should raise reasonable doubts about the risks of exposing the concerned person to treatment prohibited by Article 3 ECHR on the part of the sending State. When '*particularly underprivileged and vulnerable*' groups⁷⁴ are involved, these doubts should be set aside through individual assurances provided by the country of destination. After *O.M. v. Hungary*, it might also be argued that SOGI claimants should receive specific guarantees that they would be taken in charge in a manner adapted to their personal condition. Therefore, even if the current system of reception for rescued SOGI claimants in Southern European countries does not amount to a case of total failure to comply with dignified living as found in *M.S.S. v. Belgium and Greece*⁷⁵, the prohibition of *refoulement* applies to the benefit of people fleeing homophobia and transphobia if 'specific' and 'individualised' assurances to have granted a 'safe space' in the country of destination are not provided. Put this way, a very important consequence is that the onus to prove that reception conditions at arrival would not attain the threshold of severity required to bring them within the scope of Article 3 ECHR rests on concerned States, not on

69 Regulation (EU) no. 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 Establishing a European Asylum Support Office, OJ 2010 L 132/11; Regulation (EU) no. 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) no. 2016/399 of the European Parliament and of the Council and Repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) no. 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC, OJ 2016 L 251/1, where interestingly sexual orientation is recalled in relation to the prohibition of discrimination binding the Agency in performing its tasks and exercising its powers (Article 21).

70 See, among others, the steps adopted at UN level in relation to increasing racist incidents in Italy: *UN to Send Team to Italy over Racism*, 10 September 2018, at www.ansa.it/english/news/politics/2018/09/10/un-to-send-team-to-italy-over-racism_c7cc61fb-ab44-4650-8903-0dd66bcc0150.html.

71 European Court of Human Rights, *O.M. v. Hungary*, *supra*, para. 53. On the concept of vulnerability in international law, recently F. Ippolito, *Vulnerability on Trial: An Emerging Criterion for Advancing Migrants Protection in Migrant's International Adjudications?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1/2018, 40; Ead., Iglesias Sanchez S., *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Bloomsbury, Oxford, 2015.

72 European Court of Human Rights, *O.M. v. Hungary*, *supra*, para. 53.

73 European Court of Human Rights, 4 November 2014, *Tarakhel v. Switzerland*, no. 29217/12, paras. 108-122.

74 As the European Court of Human Rights calls them in the case law here recalled. This does not imply that, in our view, SOGI claimants should be considered 'inherently' vulnerable. For a critic on this terminology, see A. Timmer, L. Peroni, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, no. 4, 2013, 1056. Interestingly, although in EU law it is possible to find the term 'vulnerable' in relation to specific groups (see Art. 21 of the Reception Directive here recalled), it will be changed in 'people with special needs' in the context of the ongoing reform process. See the analysis of N. Ferreira below.

75 European Court of Human Rights, 21 November 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, no. 30696/09, for example paras. 352 and 357.

people claiming asylum on SOGI grounds. At the same time, from a more theoretical perspective, this would have the effect of expanding the protection of the principle of *refoulement* in the area of reception on the grounds of persecution instead of being connected – as it is interpreted today – to extreme ‘objective’ situations of violence, trauma, or medical conditions⁷⁶. As a result, in line with the reasoning followed in *N.S.* by the CJEU⁷⁷, an ECHR-based reading of the CFR would also raise under EU law a prohibition on returning SOGI asylum claimants to the countries at the EU borders, even if these countries are responsible for evaluating their asylum request. These countries are indeed called to resort to the sovereignty clause, included in the same Regulation, to avoid violations of their obligations under international human rights law unless the conditions of reception in Southern European countries are adequate for the needs of this group of asylum claimants.

In sum, although safe reception for people in need of international protection on SOGI grounds remains absent as a goal both in the policies of States more exposed to arrivals and in the EU’s agenda⁷⁸, under international human rights law, as well as EU law, there is scope for according them safer reception conditions that address their specific needs. There is also scope for reacting against the lack of safe reception. This includes the duty not to send back people in countries, even intra-EU, which are unable to avoid environments reproducing the fear of persecution on SOGI grounds. As in other areas where SOGI claims are gradually emerging from the shadows, the problem here lies in the divide between legal safeguards and political convenience, which brings us to ask finally if Europe (and specifically the EU) is a ‘safe harbour’ where people fleeing homophobia and transphobia may really be empowered to live without fear.

5. Is Europe (really) a ‘safe harbour’ for people claiming asylum on SOGI grounds?

From the analysis carried out above, if compared with the progress reported within the EU and some Member States to this date⁷⁹, a ‘bifurcated’ trend can be seen to emerge⁸⁰.

On the one hand, especially as far as the refugee status determination is concerned, some EU Member States and the EU have deployed some efforts to set the conditions for creating a safe space for people claiming asylum on SOGI grounds. The primary reason for this change rests on the fact that people claiming international protection on SOGI grounds are no longer invisible. It is no coincidence that today, although there remains much room for improvement⁸¹, the EU’s reform of the CEAS takes into account this group’s needs.

On the other hand, when the external developments on the management of migration flows and on the operations on the high seas are included in the overall analysis, SOGI based considerations remain absent. As has been argued here, despite international and European obligations, no references have been made to the specific conditions and needs of people escaping from persecution based on SOGI grounds during the 2018 Mediterranean ‘crisis’. While this precludes the possibility of speeding up legal pathways to Europe, the clear risk is that of trapping people fleeing homophobia and transphobia in the countries of transit. It is evident that all recent joint or individual EU State and EU efforts have been

76 Despite it can be criticised as a controversial approach, see two opposite cases where the ECtHR has referred to personal characteristics to reach a similar interpretation: European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Tarakhel v. Switzerland*, *supra*, paras. 99 and 119; 14 March 2017, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, no. 47287/15. See also, at universal level, Committee against Torture, 3 September 2018, *A.N. v. Switzerland*, no. 742/2016, CAT/C/64/D/742/2016, related to a survivor of torture to be transferred to Italy under the Dublin Regulation.

77 European Court of Justice, Grand Chamber, 21 December 2011, *N.S. and Others*, Joined cases C-411/10 and C-493/10, points 94-108.

78 But see N. Ferreira, C. Danisi, M. Dustin, N. Held, *The Reform of the Common European Asylum System: Fifteen Recommendations from a Sexual Orientation and Gender Identity Perspective*, SOGICA/University of Sussex, May 2018.

79 M. Balboni, *La protezione internazionale in ragione del genere, dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere*, Torino, Giappichelli, 2012; S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, 2011, at www.refworld.org/docid/4ebba7852.html.

80 T. Spijkerboer, *supra*, 220. This is especially true especially if this analysis is compared with the contributions that will follow in this Issue.

81 See the analysis developed below by N. Ferreira and the consequential recommendations for improving the CEAS.

devoted to achieving internal security by preventing migrants from arriving in Europe, rather than promoting and protecting human rights of those seeking international protection. Worse, by selecting instruments that bypass democratic and judicial scrutiny⁸², the Union itself is *de facto* jeopardizing asylum claimants' entitlements to protection rather than drawing attention to those who have specific needs.

These two aspects seem more interconnected than it is commonly thought. On the one side, preventing people claiming asylum on SOGI grounds from reaching European shores is aimed at ensuring that the wide European framework of protection, including obligations here analysed, will not apply. That is why there is a need to at least verify ways to enhance the international responsibility of involved States and, possibly, of the EU in terms of complicity in relevant human rights violations occurring beyond European borders. Equally, there is a need to stress that SOGI considerations should also be part of the external dimension of national/EU attempts to deal with migration flows. On the other side, the current systematic focus on external efforts might undermine attempts to raise the internal level of protection for people in need of international protection, SOGI claimants in particular. It hampers indeed the emergence of the conceptualisation of 'safe space' here advanced in terms of safer routes, safer harbours and safer receptions.

It is no coincidence that the ongoing processes of reform in Italy and in Europe are far from integrating such understanding of safety for people fleeing homophobia and transphobia.

Firstly, the attention paid to immigration control concurred with the adoption in Italy of a reform that, in speeding up the determination process and returns, has jeopardized these applicants' safety (rather than strengthening their legal safeguards). The elimination of the hearing before the judge of first-instance and of the possibility to submit a second-instance appeal are, in practice, most damaging to those claimants for whom documentary evidence is a problematic element of their status determination⁸³. Despite the possibility for first-instance judges to hear claimants where necessary, there is no guarantee that people claiming international protection on SOGI grounds will always be heard across the country. In fact, as the evidence gathered during the SOGICA fieldwork in Italy seems to confirm, the preliminary non-identification of SOGI people as claimants with specific needs in the Italian asylum legislation leaves enough room for judges to apply different approaches and standards to these claims. If these implications are added to the 'unbalanced relations of power' characterised by the administrative decision-making process at the Territorial Commissions for the Recognition of the Status of Refugee⁸⁴, the reform deprives increasingly these claimants of a fair evaluation in a 'safe space'. Secondly, the focus on harmonisation at all costs as a part of the wider *European Agenda on Migration*⁸⁵ may risk justifying lower standards of protection in some Member States, contrary to a human rights-based reading of the obligations binding them under the 1951 Geneva Convention⁸⁶. To give an example, Italy did not implement Article 8 of the Qualification Directive on internal protection as 'a way to reject' asylum claimants' requests *because* they may be 'safe' in another part of their country of origin. It is known that for people fleeing homophobia and transphobia internal protection is a particularly problematic issue and should not be applied⁸⁷. Yet, the CEAS proposed reform, to be adopted through Regulations, leaves no room for avoiding the use of internal protection as an argument for Italian decision-makers. If the new rules are not applied domestically through a human rights' lens, for the first time those who request international protection in Italy will also need to convince decision-makers that internal relocation is not an option in their own case (without the possibility of appeal in case of rejection, as explained above). In brief, the attempt to re-define the internal frameworks in light of the *rationale* embedded in external policies seems to prevent the EU and its Member States from setting the conditions for the creation of 'safe spaces' for

82 Among others, see C. Danisi, *supra*; M. Gatti, *The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy*, in *European Journal of International Law* 18-19 April 2016; S. Peers, *The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment*, in *EU Law Analysis*, 18 March 2016; T. Spijkerboer, *supra*.

83 A.D. De Santis, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018, 208-213. For a throughout analysis of the implications for SOGI claimants, see Patrizia Palermo's contribution below.

84 M. Veglio, *Uomini tradotti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2017, 10.

85 European Commission, *A European Agenda on Migration*, 13 May 2015, COM(2015)240 final.

86 J. Poon, *Challenging Harmonisation and Uniformity in EU Asylum Law: A Broader Problem of International Law*, in *KSLR EU Law Blog*, 12 July 2018.

87 UNHCR, *Guidelines on International Protection no. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2012, para. 51-56.

SOGI claimants by, *inter alia*, embedding the principle of the most favourable standard as a guidance for reforming their asylum systems⁸⁸.

As a conclusion, Europe has the potential to be a 'safe harbour' for people fleeing homophobia and transphobia, granting them lives free from fear. These would include, among other things, safer routes, safer destinations and safer reception conditions. In dealing with the current Mediterranean crisis, EU States and the EU have surely failed to take into account the evolution of human rights law and, more specifically, to implement relevant rules, such as those related to the international law of the sea, through a human rights lens. At the same time, instead of enhancing asylum claimants' and refugees' protection, including SOGI ones, they have defined new policies and reforms that erode current legal safeguards. For these reasons, without the adoption of a SOGI perspective on the external dimension of migration policies and a renewed commitment to existing human rights obligations, Europe might waste this potential and be, instead, a harbour that is increasingly unattainable. The risk of leaving people in need of international protection on SOGI grounds in troubled waters is certainly high.

88 C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018, 32-33.

Nuno Ferreira*

Reforming the Common European Asylum System: Enough Rainbow for Queer Asylum Seekers?

Summary

1. Introduction – 2. The SOGI European Union asylum system – 2.1. The CEAS instruments – 2.2. The jurisprudence of the Court of Justice of the EU – 3. The reform of CEAS from a SOGI asylum perspective – 3.1. The arrival and reception of SOGI asylum seekers to the European Union – 3.2. The European Union SOGI asylum legal procedure – 3.3. Proving claims based on SOGI in the European Union. – 3.4. The SOGI refugee status determination process in the European Union – 3.5. Life after the granting (or denial) of international protection to SOGI claimants – 4. The way forward for the European Union SOGI asylum framework.

Abstract

A partire dagli anni '90, l'Unione europea (UE) ha lentamente sviluppato un sistema di asilo sempre più sofisticato conosciuto come Sistema Europeo Comune di Asilo (CEAS). Questo quadro – inteso come insieme di strumenti legislativi e sviluppi giurisprudenziali – ha inevitabilmente avuto implicazioni per coloro che fondano la loro domanda di protezione internazionale sulla base dell'orientamento sessuale e/o dell'identità di genere (SOGI). Ciò trova conferma nel contenuto di alcune disposizioni relative agli strumenti legislativi del CEAS e dalle sentenze rilevanti della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). L'attuale assetto del CEAS solleva una serie di problematiche rispetto alle richieste di asilo SOGI. Una serie di proposte per riformare il CEAS sono state avanzate nel 2016. Anche da queste proposte possono derivarsi alcune implicazioni significative per i richiedenti asilo SOGI. Questo contributo intende esplorare questo tentativo di riforma, tenendo conto delle varie posizioni espresse dalla Commissione, dal Parlamento e dal Consiglio. In tal modo, si tenterà di verificare fino a che punto tali proposte e le differenti posizioni istituzionali fanno fronte alle, o ignorano o aggravano le, problematiche che incontrano i richiedenti asilo SOGI.

Since the 1990s, the European Union (EU) has slowly developed an increasingly sophisticated body of asylum law and policy, known as the Common European Asylum System (CEAS). This framework – both in the shape of legislative instruments and case law – has inevitably also affected those asylum seekers who claim asylum on the basis of sexual orientation and/or gender identity (SOGI). This has been vividly demonstrated by particular norms in EU asylum instruments and judgments of the Court of Justice of EU (CJEU). The current CEAS can be said to have several shortcomings in relation to SOGI claims. A new set of proposals for reform of the CEAS was put

* Professor of Law, University of Sussex, N.Ferreira@sussex.ac.uk.

This contribution has been produced within the context of the project “Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum: A European human rights challenge – SOGICA” (www.sogica.org). This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (grant agreement No 677693). The author wishes to thank Carmelo Danisi, Moira Dustin, Nina Held and Samantha Velluti for their constructive critique offered on this contribution. This contribution has served as the basis for the policy brief co-authored by N. Ferreira, C. Danisi, M. Dustin and N. Held, *The reform of the Common European Asylum System: Fifteen recommendations from a Sexual Orientation and Gender Identity Perspective*, SOGICA/University of Sussex, May 2018, at <http://www.sogica.org/en/database/ferreira-danisi-dustin-and-held-the-reform-of-the-common-european-asylum-system-2018/>, where more precise recommendations can be found. Contributo sottoposto a referaggio.

forward in 2016, and these also affect SOGI asylum claims in precise and acute ways. This contribution scrutinises these proposals of reform, including the different positions of the Commission, Parliament and Council, where relevant. In particular, this contribution will assess the extent to which these proposals and different institutional positions address, ignore or aggravate the issues that currently affect SOGI asylum seekers.

1. Introduction

Throughout the last three decades, and in parallel with the Council of Europe (CoE), the European Union (EU) has played an increasingly significant role in moulding asylum law and policy across the continent. The EU now has a well-developed asylum policy. The development of an EU asylum policy can be traced back to the early 1990s. All EU Member States then (as now) were bound by the 1951 Refugee Convention¹. But there was no relevant action in this field at an EU level. The 1990 Dublin Convention was entered into by 12 EU Member States to assist them in determining the EU Member State responsible for examining asylum claims². Building on the competences granted to the EU institutions by the 1997 Treaty of Amsterdam, in 1999 the European Council meeting at Tampere decided on a range of initiatives in the field of justice and home affairs, including a five-year programme to develop a common EU asylum and migration policy, in particular a Common European Asylum System (CEAS)³. This led to a set of Directives and Regulations in the 2000s that regulated several key aspects of the asylum system, which in the meantime underwent a recast process that led to the current set of EU instruments⁴: the Reception Conditions Directive⁵, the Procedures Directive⁶, and the Qualification Directive⁷, the Temporary Protection Directive remaining unaffected and a new instrument being introduced to deal with the return of illegally-staying third country nationals (the Returns Directive)⁸. This recast process introduced substantial changes, but failed to introduce an equal level of protection across the EU⁹.

The recast process was followed by the 2015 events across the Mediterranean region, which translated into the arrival of thousands of individuals from conflict-torn areas in Syria and other countries further afield¹⁰. In answer to these events, in 2015 the European Commission launched the 'European Agenda on Migration'¹¹, which, in relation to the CEAS, prioritised: a) 'a new systematic monitoring pro-

- 1 UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137.
- 2 Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities - Dublin Convention, OJ C 254, 19 August 1997, pp. 1-12.
- 3 Council of the European Union, *Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15-16 October 1999*, 16 October 1999, para. 13-14.
- 4 The UK, Ireland and Denmark are not bound by these instruments due to the current opt-out (in the case of Denmark) and optional opt-in (in the case of the UK and Ireland) arrangements currently in place for these Member States.
- 5 Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection, OJ L 180, 29 June 2013, pp. 96-116.
- 6 Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, OJ L 180, 29 June 2013, pp. 60-95.
- 7 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, OJ L 337, 20 December 2011, pp. 9-26.
- 8 Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24 December 2008, pp. 98-107.
- 9 G. De Baere, *The Court of Justice of the EU as a European and International Asylum Court*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper 118, 2013; F. Ippolito, S. Velluti, *Recast Process of the EU Asylum System: A Balancing Act Between Efficiency and Fairness*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2011, 3, pp. 24-62; S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, Springer, 2014; B., *Comments on the Court of Justice of the EU's Developing Case Law on Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, 2, pp. 377-381.
- 10 See, for example, *Unravelling the Mediterranean Migration Crisis*, at www.medmig.info.
- 11 European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European Agenda on Migration*, 13 May 2015, COM(2015)240 Final.

cess, to look into the implementation and application of the asylum rules', b) giving 'further guidance to improve the standards on reception conditions and asylum procedures to provide Member States with well-defined and simple quality indicators and reinforcing protection of the fundamental rights of asylum-seekers', c) transposing and implementing in practice the recast asylum directives in the context of infringement procedures; d) enhancing the practical cooperation offered by EASO (European Asylum Support Office), in particular in relation to producing Country of Origin Information; e) tackling more effectively 'abuses' of the asylum system; and f) strengthening 'safe' Country of Origin norms in the Procedures Directive. In relation to asylum, the Agenda concludes with the need to debate three main developments: a common Asylum Code, the mutual recognition of asylum decisions, and the adoption of a single asylum decision process to guarantee equal treatment of asylum seekers throughout Europe.

As a consequence of the 2015 European Agenda on Migration, in 2016 the European Commission put forward a series of legislative drafts pertaining to all elements of the CEAS, which are currently being negotiated by the EU law-making institutions, specifically the European Parliament and the Council of the EU. Whilst the proposal of reform of the Reception Conditions Directive also consists of a Directive¹², the proposals for reform of the Qualification and Procedures Directives take the shape of Regulations¹³, which translates into much less flexibility for EU Member States in implementing EU standards and very limited scope to set higher standards¹⁴. Although this harmonisation effort may be seen positively for discouraging secondary movements of asylum seekers across the EU, it also entails a serious risk of lowering the current standards¹⁵. There are also proposals to introduce an EU list of 'safe countries' (discussed in section 3.2)¹⁶, establish a Union Resettlement Framework¹⁷, recasting the Dublin Regulation¹⁸, recasting the EURODAC Regulation¹⁹, creating an EU Asylum Agency²⁰, and establishing a crisis relocation mechanism²¹. These broad-ranging proposals take into account the rich body of case law that the Court of Justice of EU (CJEU) has produced to clarify the interpretation of key norms in the existing CEAS regulations and directives and their previous incarnations.

- 12 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), COM(2016) 0465.
- 13 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, COM(2016) 0466; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, COM(2016) 0467.
- 14 P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford/New York, OUP, 2015, pp. 106-109. Nonetheless, EU Member States will still be able to introduce or retain a humanitarian protection status, in addition to the EU refugee and subsidiary protection statuses (Article 3 (2) Proposed Qualification Regulation).
- 15 S. Peers, *The New EU Law on Refugees Takes Shape: More Harmonisation but Less Protection?*, in *EU Law Analysis*, 23 July 2017.
- 16 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing an EU common list of safe countries of origin for the purposes of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection, and amending Directive 2013/32/EU, COM(2015) 0452.
- 17 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Union Resettlement Framework and amending Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and the Council, COM(2016) 0468.
- 18 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), COM(2016) 0270.
- 19 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of EURODAC for the comparison of fingerprints for the effective application of [Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person], for identifying an illegally staying third-country national or stateless person and on requests for the comparison with EURODAC data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes (recast), COM(2016) 0272.
- 20 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) No 439/2010, COM(2016) 0271.
- 21 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a crisis relocation mechanism and amending Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, COM(2015) 0450.

This contribution will consider how the EU has so far contributed to shaping the current European legal and policy framework on which asylum seekers claiming international protection on grounds of their sexual orientation or gender identity (SOGI) can rely²². The focus will be on how the EU has addressed the increasing number and complexity of such asylum claims. Although the EU does not collect statistics on SOGI asylum claims, it is clear that thousands of the asylum seekers who arrive in Europe each year rely on their SOGI to present a claim for international protection²³. The law and policy produced by the EU has an immense influence on how domestic authorities address these SOGI asylum claims, so it is crucial to have a thorough understanding of the applicable EU framework. It is important to note that the few SOGI asylum cases that the CJEU has so far dealt with have raised very important issues, and one cannot say that the Court has dealt with them in an entirely appropriate fashion. With a new set of proposals for reform of CEAS currently on the table (hereinafter the 'Proposed' instruments), it is crucial to take stock of the current EU SOGI asylum law and critically analyse the CEAS reform proposals from a SOGI perspective. This has so far been done through NGO briefings and short blog pieces²⁴, but not through a comprehensive academic piece of research. This contribution will thus fill in that gap in the European asylum and SOGI literature, by offering a rigorous and timely analysis of SOGI asylum claims in the context of the existing EU asylum law and policy and its reform. The focus of this analysis will lie on the current framework and reform proposals, but references will also be made to previous wording of relevant instruments where particularly relevant. Additionally, emphasis will be placed on the initial Commission proposals, but counter-proposals and suggestions of amendments will also be mentioned where relevant.

This contribution will start by exploring how the EU has dealt with SOGI asylum claims so far, particularly through case law (section 2). The impact of the CEAS reform proposals on SOGI asylum claims will then be analysed from the perspective of a range of particular aspects of the asylum process (section 3). Some final observations will then be made on the range of issues that need to be addressed in future legal and policy reforms (section 4).

2. The SOGI European Union asylum system

In this section, a range of statutory instruments, case law and to a lesser extent policy documents will be analysed to determine what is the scope, nature and characteristics of the EU SOGI asylum system, and critically identify any scope for improvement. It has been clear for several years in the context of EU asylum law and policy-making that asylum can be claimed on SOGI-related grounds. Article 10(1)(d) 2004 Qualification Directive clarified that, for the purposes of claiming international protection, a 'particular social group' could be based on a common characteristic of sexual orientation. Institutions within the EU have also occasionally sent out encouraging signs: the European Parliament, for example, explicitly referred to SOGI asylum in its call for a multiannual policy to protect the fundamental rights of LGBTI (lesbian, gay, bisexual, transsexual and intersex) people, and called on the Commission and relevant agencies to bear in mind SOGI issues in the implementation and monitoring of EU asylum legislation²⁵. Moreover, following the 2017 reports of persecution of gay men in Chechnya, the European Parliament called on the Commission to engage with international human rights organisations and Russian civil society to assist those who had fled Chechnya, and on the Member States to facilitate asylum request procedures for these asylum seekers²⁶.

22 For ease of writing, "SOGI" and "queer" will be used interchangeably throughout this contribution, but it is recognised that terminology in this field is ever changing and that 'queer' is usually understood as having a broader scope than "SOGI".

23 S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 2011, pp. 15-16.

24 ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers and Refugees in the Reform of the Common European Asylum System*, 2016), at <https://www.ilga-europe.org/resources/policy-papers/protecting-rights-lgbt-asylum-seekers-and-refugees-reform-common-european>; S. Peers, *The New EU Law on Refugees Takes Shape*, *ivi*.

25 European Parliament, *Roadmap against Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, P7_TA(2014)0062, 2014.

26 European Parliament, *Resolution on the Implementation of the Council's LGBTI Guidelines, Particularly in Relation to the Persecution of (Perceived) Homosexual Men in Chechnya, Russia*, 2017/2688(RSP), 2017.

2.1. The CEAS instruments

The current EU asylum directives (mentioned in section 1) contain very limited direct references to SOGI. A few exceptions stand out. First, the Qualification Directive includes not only sexual orientation (already included in the 2004 Qualification Directive), but also gender identity as characteristics that may constitute a basis to identify a “particular social group” (PSG). The EU legal definition of PSG can be found in Article 10(1)(d) of the Qualification Directive:

“(…) a group shall be considered to form a particular social group where *in particular*:

- members of that group share an innate characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it, *and*
- that group has a distinct identity in the relevant country, because it is perceived as being different by the surrounding society.” (emphasis added)²⁷

Second, Recital No. 29 of the Procedures Directive considers SOGI explicitly amongst the asylum claimants’ characteristics that may warrant special procedural guarantees and adequate support, including sufficient time to ensure effective access to procedures and present the elements needed to substantiate one’s international protection application. Third, the Procedures Directive considers SOGI explicitly amongst the asylum claimants’ characteristics that may warrant special procedural guarantees. Article 15(3)(a) states that interviewers should be “competent to take account of the personal and general circumstances surrounding the application, including the applicant’s cultural origin, gender, sexual orientation, gender identity or vulnerability”. The Procedures Directive also requires authorities, wherever possible, to arrange for interviewers and interpreters to be of the same sex as the applicant if the applicant so requests, “unless the determining authority has reason to believe that such a request is based on grounds which are not related to difficulties on the part of the applicant to present the grounds of his or her application in a comprehensive manner” (Article 15(3)(b) and (c)). Except for the need for the interviewer to take into consideration the “applicant’s cultural origin or vulnerability”, all these requisites were introduced by the recast 2013 Procedures Directive, which represents a positive evolution for SOGI asylum seekers. Despite this auspicious start, from a SOGI perspective there are many worrying aspects in the EU regulation of asylum procedures (further explored in section 3). The Reception Conditions Directive omits completely any reference to SOGI. As it will become clear throughout this article, this is insufficient to address appropriately the needs and circumstances of SOGI asylum seekers.

Furthermore, the way an asylum seeker is treated throughout the asylum process depends to a great extent on whether they fall within the notion of “vulnerable person”. Article 21 of the Reception Conditions Directive does not offer an abstract definition of “vulnerability”, but clarifies that it includes individuals “such as minors, unaccompanied minors, disabled people, elderly people, pregnant women, single parents with minor children, victims of human trafficking, persons with serious illnesses, persons with mental disorders and persons who have been subjected to torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence, such as victims of female genital mutilation”²⁸. Although SOGI asylum seekers are not expressly mentioned in this provision, they fall within its remit at least when they have been victims of human trafficking, have serious illnesses or mental disorders, or have been subjected to torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence. As it is very often the case that SOGI asylum seekers have been victims of serious forms of psychological, physical or sexual violence related to their SO and/or GI, they should be classified as “vulnerable” in many instances.

27 The same norm goes on to add that “[s]exual orientation cannot be understood to include acts considered to be criminal in accordance with national law of the Member States”. This exclusion apparently aims to avoid offering legal protection to certain sexual behaviours, namely paedophilia, as if such conduct could be considered a “sexual orientation” (when in reality it is more appropriately defined as a sexual pathology). For its potentially offensive effect, it has been argued that such allusion should be removed from EU law: ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, 4.

28 This definition is repeated in Article 20(3) of the Qualification Directive.

2.2. The jurisprudence of the Court of Justice of the EU

The CJEU has also had a growing number of opportunities throughout the years to establish a position in relation to SOGI asylum claims, even if it has not entirely seized the opportunity to vindicate the need for international protection of these individuals. In *X, Y and Z*²⁹, the Court determined that the existence of criminal laws targeting homosexuals supports the finding that those persons form or belong to a particular social group for the purposes of the Refugee Convention, but the criminalisation of homosexual acts does not in itself constitute an act of persecution. This finding went against what domestic high judicial instances had established³⁰, what previous studies had advocated³¹, and it was criticised widely, for example, for failing to place these criminal law norms within their broader societal context of discrimination and intolerance³². The Court also found in this case that to be considered a member of a particular social group for the purposes of the Refugee Convention, one must fulfil both tests indicated in Article 10(1)(d) of the Qualification Directive: the claimant must be considered a member of a group that is socially recognisable in the country of origin (the social recognition test) and the claimant's sexual identity must be considered a characteristic so fundamental to a person's identity that the persons concerned cannot be required to renounce to it (the fundamental characteristic test). This reflects a strict interpretation of this norm, and has been considered unduly burdensome and inconsistent with the UNHCR guidance³³. This was mostly justified on the basis of a literal reading of the norm, as the word "and" is used to connect both tests. Yet, this interpretation disregards that the tests are introduced with the words "in particular", thus suggesting that a PSG can be found in circumstances beyond these two tests. Furthermore, the Qualification Directive (as well as all EU asylum law) should be interpreted in a way that is compatible and consistent with the Refugee Convention, as recalled insistently throughout the preambles to the CEAS instruments. The CJEU's interpretation of the notion of PSG is thus unduly restrictive and has accordingly been widely criticised. On a more positive note, the Court found against the "discretion requirement", thus dismissing the possibility of returning asylum claimants to their countries on the basis that they could be discreet about their sexual identity. This has been rightly praised³⁴, but concerns remain in relation to the possibility of questioning asylum claimants about how they expressed their sexuality in their countries of origin and how they would express it if they were returned, as the CJEU did not expressly rule out this line of questioning³⁵. The Court's decision did, nonetheless, have the merit of leading to the amendment of the Dutch relevant provisions that were not consistent with this decision, as well as more progressive case law in countries such as Bulgaria³⁶.

In the subsequent case of *A, B and C*³⁷, the CJEU dealt with evidentiary standards in SOGI asylum claims. The CJEU clearly refused the idea that asylum claimants' sexual self-identification was determinative – according to the CJEU, the declared sexual orientation "constitute[s], having regard to the particular context in which the applications for asylum are made, merely the starting point in the process of assessment of the facts and circumstances". This is not incompatible with EU law as such, but does differ from the decision-making patterns in some EU Member States and published guidance, according to which applicants' self-declared sexuality does not need to be probed by the authorities³⁸. The Court

29 European Court of Justice, 7 November 2013, Joined Cases C-199/12, C-200/12 and C-201/12, *X, Y and Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*.

30 See, for example, decision of the Italian Supreme Court: Corte di cassazione, ordinanza del 20 settembre 2012, n. 15981.

31 S. Jansen, T. Spijkerboer, *ivi*.

32 International Commission of Jurists (ICJ), *X, Y and Z: A Glass Half Full for "Rainbow Refugees"?*, 2014; N. Markard, *EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund: Zur Entscheidung X, Y und Z Gegen Minister voor Immigratie en Asiel vom 7.11.2013*, in *Asylmagazin*, 2013, 12, pp. 402-408, www.asyl.net/fileadmin/user_upload/beitraege_asylmagazin/Beitraege_AM_2013/AM2013_12inhalt.pdf.

33 ICJ, *ivi*.

34 A. van der Vleuten, *Transnational LGBTI Activism and the European Courts: Constructing the Idea of Europe*, in *LGBT Activism and the Making of Europe: A Rainbow Europe?*, P.M. Ayoub, D. Paternotte (eds.), Basingstoke, Palgrave, 2014, p. 138.

35 European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Preliminary Deference? The Impact of Judgments of the Court of Justice of the EU in Cases X.Y.Z., A.B.C. and Cimade and Gisti on National Law and the Use of the EU Charter of Fundamental Rights*, 2017.

36 *Ibid.*

37 European Court of Justice, 2 December 2014, Joined Cases C-148/13 to C-150/13, *A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

38 N. Ferreira, *Portuguese Refugee Law in the European Context: The Case of Sexuality-Based Claims*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015, 3, pp. 411-432; S. Jansen, T. Spijkerboer, *ivi*, p. 17; UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to*

appropriately rejected the use of sexualised evidence or stereotyped assessments in SOGI asylum claims (including medical tests such as phallometric testing and explanation of sexual practices), as such evidence violates the dignity and privacy of the claimants (Articles 1 and 7 CFR). The Proposed Qualification Regulation appropriately retains this conclusion in its Recital No. 29³⁹. Questions based on stereotypes can, however, still be asked, as part of overall balanced lines of questioning (seemingly allowed by par. 62 of the decision), and the asylum claimant's self-declaration does not preclude the authorities from assessing the claimant's claims (par. 52). The Court also asserted that delays in disclosing one's sexuality should not automatically be held against the claimant to harm their credibility (para. 69-71).

Some commentators have referred to the decision in *A, B and C* in positive terms and seen it as part of a trend to interpret the Qualification Directive more generously, because the CJEU required domestic decision-makers to take into consideration all relevant facts in the context of asylum adjudication and precluded certain means of evidence that offend asylum seekers' dignity and privacy⁴⁰. Yet, despite the overall positive outcome of this decision, it has been pointed out that the Court unhelpfully still allowed stereotyped questioning, which risks emboldening domestic authorities to rely on inappropriate, culturally specific stereotypes instead of appreciating the "wide diversity of the expression of human sexual identity, especially in countries where homosexuality is taboo"⁴¹. Markard also points out that the CJEU did not include the Advocate General's recommendation to give applicants sufficient opportunity to respond to doubts relating to their credibility⁴². Moreover, the Court missed the opportunity to endorse the UNHCR guidance and provide further guidance on what type of evidence should be accepted and expected in cases involving SOGI asylum seekers, which has left decision-makers rather at a loss⁴³. This, however, has had the positive effect of prompting some domestic authorities to develop their own guides for questioning SOGI asylum claimants⁴⁴. The decision also contributed to positive developments in several EU Member States, including the prohibition of photographic and video evidence of sexual practices in the UK and Sweden⁴⁵.

A third case – *F. v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* – again related to means of evidence applicable to one's sexuality, this time involving projective personality tests in Hungary⁴⁶. The case related to a gay Nigerian man who had applied for asylum in Hungary on the basis of his sexual orientation at his first interview with the authorities. The (non-binding) Opinion of the Advocate General in this case only reluctantly discredited the use of such tests to prove one's sexual orientation and, at the end, left room for the Hungarian court to continue to use such tests to adjudicate the asylum claim⁴⁷, something that has been criticised for potentially violating EU asylum law⁴⁸. The subsequent (binding) Court's

Refugee Status Based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 2012, HCR/GIP/12/09, 16.

- 39 "Specifically as regards homosexuality, the individual assessment of the applicant's credibility should not be based on stereotyped notions concerning homosexuals and the applicant should not be submitted to detailed questioning or tests as to his or her sexual practices". ILGA Europe and the UNHCR suggest, however, that this Recital should more appropriately refer to sexual orientation and gender identity, rather than homosexuality: ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, 5-6; UNHCR, *Comments on the European Commission Proposal for a Qualification Regulation* – COM (2016) 466, 2018, 11, at www.refworld.org/docid/5a7835f24.html.
- 40 T. Johansson, L. Nyström, J. Sandgren, *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid En Justitie, Joined Cases C-148/13 to C-150/13* (2 December 2014), in *EU Constitutional Law – Örebro Universitet*, 27 April 2015, at <https://eulaworebro.wordpress.com/2015/04/27/a-b-c-v-staatssecretaris-van-veiligheid-en-justitie-joined-cases-c-14813-to-c-15013-2-december-2014/>.
- 41 S. Peers, *LGBTI Asylum-Seekers: The CJEU Sends Mixed Messages*, in *EU Law Analysis*, 2 December 2014, at <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/lgbti-asylum-seekers-cjeu-sends-mixed.html>.
- 42 Opinion of Advocate General Sharpston in *Joined Cases C-148/13 to C-150/13, A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, delivered on 17 July 2014, para. 76 ff; N. Markard, *CJEU Ends Degrading Questioning of Homosexual*, in *European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL)*, 7 December 2014, at www.sexualorientationlaw.eu/95-cjeu-ends-degrading-questioning-of-homosexual-asylum-seekers-european-union.
- 43 European Council on Refugees and Exiles, *Preliminary Deference?*, *ivi*; S. Peers, *LGBTI Asylum-Seekers*, *ivi*.
- 44 European Council on Refugees and Exiles, *Preliminary Deference?*, *ivi*.
- 45 *Ibid.*
- 46 European Court of Justice, 25 January 2018, Case C473/16, *F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.
- 47 Opinion of Advocate General Wahl in Case C473/16, *F v Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* (formerly *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*), delivered on 5 October 2017.
- 48 N. Ferreira, D. Venturi, *Tell Me What You See and I'll Tell You If You're Gay: Analysing the Advocate General's Opinion in Case C-473/16, F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 24 November 2017, at

judgment, in contrast, more forcefully condemned the use of such tests in SOGI asylum cases, and precluded their use on the basis of Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (on the right to respect for private and family life) and Principle 18 of the Yogyakarta Principles (protecting individuals from medical abuses based on sexual orientation or gender identity)⁴⁹. This is thus overall a commendable decision; yet, perhaps for fearing going beyond the remit of the case, the Court again failed to offer any positive guidance on what evidence national authorities can rely on in cases involving SOGI claims, and refused to recognise the importance of sexual self-identification.

The accepted or required means of evidence in SOGI claims have thus not been prescribed in EU law – any legally recognised form of evidence can be used in this context. The decisions in *A, B and C* and in *F* have, however, made it clear that the use of sexualised evidence, stereotyped assessments and projective personality tests in SOGI asylum claims is precluded for violating the dignity and privacy of the claimants. This includes medical tests such as phallometric testing and explanation of sexual practices, but the CJEU has contentiously left room for questioning on the basis of stereotypes provided it is part of an overall balanced line of questioning. This CJEU decision is also in tension with the call from the European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality on all EU Member States to "combat harmful stereotypes about the behaviour and characteristics of LGBTI women and to fully apply the Charter in respect of their asylum claims"⁵⁰. One of the central elements to be proven in a SOGI asylum claim is the claimant's SOGI itself. Whilst the practice in several domestic jurisdictions, the recommendations of scholars and the UNHCR guidance favour the acceptance of an asylum seeker's self-declared sexuality,⁵¹ the CJEU has used its decisions in *A, B and C* and *F* to assert that one's self-identification as member of a sexual minority is relevant, but insufficient to prove that sexuality. Consequently, domestic authorities in the EU may still assess the asylum seeker's claim in this regard, which can become extremely damaging for SOGI asylum seekers when done inappropriately.

Overall, the body of EU case law that has developed around SOGI asylum claims indicates an insufficient willingness to protect SOGI asylum seekers from persecution. As Ammaturo points out, "[i]f there were a genuine interest in defending individuals – either citizens or non-citizens – from human rights abuses, stories of structural violence or harassment would be enough to grant protection, without the applicants having to demonstrate a threat of death or an extreme punishment"⁵². In none of the case law discussed here is there any reliance on the UNHCR's Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity⁵³, and only in the *F* case is there a reference to the Yogyakarta Principles. This limited attention paid to specialised international guidance plays out in various ways, as it will now be seen in relation to particular aspects of the asylum decision-making process in the context of the CEAS reform proposals.

3. The reform of CEAS from a SOGI asylum perspective

In the light of the analysis of the overall developments of the CEAS (section 1) and of how CEAS has applied to SOGI asylum claims (section 2), it is time to now turn to the analysis of the current CEAS reform proposals from a SOGI perspective. These reform proposals have been subjected to wide ranging commentary and criticism, for example by ECRE⁵⁴. These proposals also affect SOGI asylum claims in relation to a range of aspects, and this effect has not gone unnoticed, as the European Parliament Inter-

<http://eumigrationlawblog.eu/tell-me-what-you-see-and-ill-tell-you-if-youre-gay-analysing-the-advocate-generals-opinion-in-case-c-47316-f-v-bevandorlasi-es-allampolgarsagi-hivatal/>.

49 *The Yogyakarta Principles – The Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, 2007, at <http://www.yogyakartaprinciples.org/>.

50 European Parliament, *Report on the Situation of Women Refugees and Asylum Seekers in the EU*, 2016, 2015/2325(INI), point 12, at www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0024+0+DOC+XML+V0//EN.

51 N. Ferreira, *Portuguese Refugee Law in the European Context*, *ivi*; S. Jansen, T. Spijkerboer, *ivi*, 17; UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, *ivi*, 16.

52 F.R. Ammaturo, *European Sexual Citizenship: Human Rights, Bodies and Identities*, London, Palgrave Macmillan, 2017, 57.

53 UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, *ivi*.

54 AIDA – Asylum Information Database, *ECRE Completes Analysis of Common European Asylum System Reform Proposals*, 2017, at <http://www.asylumineurope.org/news/28-02-2017/ecre-completes-analysis-common-european-asylum-system-reform-proposals>.

group on LGBTI Rights held a meeting in 2017 on protecting the rights of LGBTI asylum seekers and refugees in the context of the CEAS reform⁵⁵. This reform constitutes a good opportunity to introduce more appropriate norms addressing SOGI asylum claimants' rights and needs. In this section, these proposals will be analysed from a SOGI asylum perspective, considering in particular issues of arrival and reception (3.1), legal procedure (3.2), evidence (3.3), qualification (3.4), and life after the granting (or denial) of international protection (3.5). An overall remark is fitting from the start: whilst many norms in the current CEAS instruments should encompass not only sexual orientation and gender identity, but also sex characteristics and gender expression⁵⁶, it would make it linguistically cumbersome to list all these characteristics in each relevant norm, so it is suggested that – more simply, but equally effective – a Recital in each CEAS proposed instrument should make it clear that where there is a reference to sex, gender or gender identity in a particular, that reference should be interpreted as including sex characteristics and gender expression.

3.1. The arrival and reception of SOGI asylum seekers to the European Union

The EU is not itself the main actor responsible for administering the arrival of asylum seekers to EU territory – the Member States are – but the asylum legal and policy framework the EU has developed nonetheless affects SOGI asylum seekers, by action and omission. In fact, the minimum standards currently set by EU asylum law and policy has a considerable impact on the way national authorities manage the arrival and reception of SOGI asylum seekers. Nothing in the current EU framework requires domestic authorities to record asylum seekers' SOGI, which makes it impossible to produce reliable statistics. This could be addressed by including these elements in Article 27 of the Proposed Procedures Regulation. Moreover, EU law does not require that asylum seekers be given information upon their arrival or presentation of their asylum claim indicating that persecution on grounds of sexual orientation or gender identity constitutes a legitimate ground to claim international protection in EU territory. Without that information, many SOGI asylum seekers may either seek to lodge an asylum claim based on other aspects of their experience of persecution or not lodge an asylum claim at all, thus jeopardising their chances of obtaining international protection. This lack of information may also lead to late or no identification of special procedural needs, which EU Member States are under the obligation to identify⁵⁷, and hinders monitoring of decision making on SOGI claims. This is something that could be addressed through an amended version of Article 5 of the Proposed Reception Conditions Directive. Despite this less-than-ideal start, there is some scope for SOGI considerations in the reception process.

In relation to the notion of 'vulnerability' (discussed in section 2), Article 2(1)(13) of the Proposed Reception Conditions Directive replaces the term 'vulnerability' with 'special reception needs', without clearly changing its substance. The European Parliament further proposes to talk about 'specific' rather than 'special' reception needs, again without clearly changing the notion's substance⁵⁸. Crucially, however, the European Parliament also proposes to add LGBTI asylum seekers to the category of 'applicant[s] with specific reception needs', in a move perhaps inspired by the decision of the Strasbourg Court in *O.M. v. Hungary*⁵⁹. This amendment is indeed necessary: despite the risk of the term 'vulnerable' being used in ways that disempower and victimise individuals, its use in the CEAS instruments is essential to protect the rights and interests of asylum seekers in specific circumstances, and SOGI asylum claimants generally find themselves in such circumstances. If eventually approved, this amendment could thus have far-reaching positive consequences for SOGI asylum seekers and ensure greater harmony between the rules on reception and procedures at a domestic level⁶⁰.

One of the first priorities in the reception of asylum seekers is housing, which is regulated by Article 18 of the Reception Conditions Directive. Such 'premises and accommodation centres' should cater for specific needs, namely those related to gender, age and vulnerability of asylum seekers, and national authorities should prevent assault and gender-based violence, including sexual assault and harassment.

55 European Parliament Intergroup on LGBTI Rights, *Meeting on Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers and Refugees in the Reform of the Common European Asylum System*, 2017.

56 ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*.

57 European Council on Refugees and Exiles, *The Concept of Vulnerability in European Asylum Procedures*, 2017, 21.

58 European Parliament, *Report on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Laying down Standards for the Reception of Applicants for International Protection (Recast)*, 2017, - A8-0186/2017, at www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0186+0+DOC+XML+V0//EN&language=en.

59 European Court of Human Rights, 5 July 2016, *O.M. v. Hungary*, no. 9912/15; European Parliament Amendment 34.

60 European Council on Refugees and Exiles, *The Concept of Vulnerability*, *ivi*.

The inclusion of ‘vulnerability’ amongst these considerations undoubtedly brings within the scope of protection of this norm many SOGI asylum seekers (as discussed above), and the Strasbourg Court decision in *O.M.* reinforces the need to bear in mind the special needs of SOGI asylum seekers in the context not only of housing but detention as well. The European Parliament’s Committee on Women’s Rights and Gender Equality has also stressed ‘the need for LGBTI-sensitive reception facilities across all Member States’ and highlighted that ‘violence against LGBTI individuals is common in reception facilities’⁶¹. In a separate report, the same Committee has importantly stated that ‘timely support for refugee victims of violence based on gender or (perceived) sexual orientation or gender identity should be provided at all stages of the migration process, including immediate relocation in case their safety cannot be guaranteed, quality mental health support and immediate gender identity recognition for the duration of asylum procedures as a violence-prevention measure’⁶². Although SOGI-specific housing arrangements are increasingly offered in countries with a significant number of SOGI asylum seekers⁶³, the EU regulatory framework does not establish any such requisite. Even if no requirement is introduced to generally offer SOGI-specific housing arrangements, it is reasonable to expect from the CEAS reform process some acknowledgment of the special reception needs of SOGI claimants, for example, by expressly including SOGI claimants amongst those who require special guarantees and protection from hate crimes in the context of the Proposed Reception Conditions Directive⁶⁴.

Another priority for SOGI asylum seekers is often their health. Article 19 of the Reception Conditions Directive guarantees that asylum seekers receive ‘the necessary health care which shall include, at least, emergency care and essential treatment of illnesses and of serious mental disorder’, including when those individuals have ‘special reception needs’. This may prove of particular importance to trans asylum seekers in the process of transitioning from one sex to the other. If they are already undergoing hormonal treatment, it is imperative for medical reasons that the treatment not be interrupted; yet, practice across Europe varied greatly in this respect⁶⁵. To make matters worse, the EU legal framework does not include a clear obligation to this effect; this can be secured by amending Article 17(3) of the Proposed Reception Conditions Directive⁶⁶.

3.2. The European Union SOGI asylum legal procedure

Procedural fairness has rightly acquired a central place in asylum studies, in light of the impact that it has on the vindication of the rights of asylum seekers and granting (or not) of some form of international protection. Accordingly, it is crucial to look into the SOGI specificities of the EU asylum procedures – focus will be placed on the use of accelerated procedures, the notion of ‘safe countries’, and the characteristics of interviewers and interpreters.

Article 31(8) of the Procedures Directive allows asylum authorities to adopt accelerated procedures where an application is likely to be unfounded or where there are serious national security or public order concerns. This includes, amongst other scenarios, the applicant coming from a “safe country of origin” (Article 31(8)(b)), misleading the authorities (Article 31(8)(c)), offering clearly inconsistent and contradictory, clearly false or obviously improbable representations (Article 31(8)(e)), and not making an application for international protection as soon as possible, given the circumstances of his or her entry (Article 31(8)(h)). This means that the asylum procedure may be shortened, but Recital No. 20 of the Procedures Directive also highlights that such shorter time limits need to remain reasonable and are without prejudice to an adequate and complete examination being carried out and to the applicant’s effective access to basic principles and guarantees. Although none of the scenarios mentioned relates specifically to SOGI asylum claimants, some of these scenarios may be of particular relevance to them. This is especially the case in relation to not making an application for international protection as soon as possible owing to not knowing that SOGI-based persecution constitutes a basis for asylum, the notion

61 European Parliament, *Report on the Situation of Women Refugees*, *ivi*, point 12.

62 Committee on Women’s Rights and Gender Equality, *Report on Equality between Women and Men in the European Union in 2014-2015*, 2017, 2016/2249(INI), para. 42, at www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0046+0+DOC+PDF+V0//EN.

63 See, for example, Schwulenberatung Berlin, *Official Shelter for LGBTI Refugees*, 2018, at www.schwulenberatungberlin.de/refugees-english#paraph_5.

64 ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, 7-8.

65 TGEU Transgender Europe, *Welcome to Stay*, 2016, at http://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/10/TGEU_TransAsylum-Brochure_WEB.pdf.

66 ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, 7-8.

of “safe country of origin”, and offering false representations owing to fear of the public authorities. Indeed, SOGI asylum seekers may take longer to gather the courage and confidence to speak about their sexuality or gender identity to the host country authorities, even where they are aware that refugee law may offer them protection. This issue – often referred to as “late disclosure” – also often affects SOGI asylum seekers’ credibility (section 3.3). For these reasons, Preamble 17 of the Proposed Procedures Regulation is welcome, as it clarifies that “[w]here it is not possible to provide adequate support in the framework of an accelerated examination procedure or a border procedure, an applicant in need of special procedural guarantees should be exempted from those procedures”. Whereas SOGI asylum seekers will often be in need of special procedural guarantees, they should not commonly be affected by accelerated procedures.

SOGI asylum seekers are often from countries that may be in Member States’ lists of “safe countries”, which not only entitles domestic authorities to adopt an accelerated procedure, but may even lead to holding that an asylum claim is inadmissible if the applicant is a national of a “safe country of origin”, or can apply to asylum in a “first country of asylum” or a “safe third country” (Articles 33(2) (b) and (c), 35-38 of the Procedures Directive). Yet, these asylum seekers may well be victims of persecution warranting international protection, as the information gathered in relation to the country of origin, “first country of asylum” and “third country” often omits elements regarding SOGI minorities. Scholars and civil society alike have exposed the shortcomings of the “safe country” notion⁶⁷. As Guild points out, the “safe country of origin” notion “is the most controversial as it denies the very essence of the refugee, the individual who claims a well-founded fear of persecution from his or her country of origin”⁶⁸. So far, there is no list of “safe countries” at a European level – only at in some EU Member States. In a worrying move, the EU institutions are currently considering a Proposed “Safe Countries of Origin” Regulation, which adopt a list of “safe countries of origin” to be valid across all Member States part of CEAS⁶⁹. This proposal includes as “safe countries” Albania, Bosnia and Herzegovina, former Yugoslav Republic of Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia and Turkey. Some commentators are indeed of the opinion that an EU list of “safe countries of origin” would help the EU cope with the “unusual migration flows”, by accelerating and simplifying the asylum claims of the individuals in question.⁷⁰ Yet, some of the countries the EU Commission’s proposal includes as “safe” – most notably Turkey – are renowned for reports of homophobic and transphobic policies and violence⁷¹. The European Parliament has thus rightly pointed out that SOGI minorities can be subjected to abuse in countries held to be “safe” for the purposes of asylum determination, so their claims for asylum may be entirely legitimate⁷². Fast-track procedures and lists of “safe countries” should thus not unduly affect SOGI asylum claims in a detrimental way. More generally, any EU list of “safe countries” would need to be consistent with the principle of non-refoulement and the rights of vulnerable groups⁷³. Seemingly taking into account these concerns, Preamble 46 of the Proposed Procedures Regulation acknowledges that “[t]he fact that a third country is on the EU common list of safe countries of origin cannot establish an absolute guarantee of safety for nationals of that country and therefore does not dispense with the need to conduct an appropriate individual examination of the application for international protection”. Moreover, Article 47 of the Proposed Procedures Regulation states that a country can only be considered ‘safe’ for a particular applicant if, amongst other requirement, “he or she has not submitted any serious grounds for considering the country not to be a safe country of origin in his or her particular circumstances”. This is welcome, however, in practice, the most effective and law-compliant way forward may well be to simply reject any such list of “safe countries” and the notion of “safe country” itself – both at

67 C. Costello, *Safe Country? Says Who?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, 4, pp. 601-622; ECRE, *Comments on the Commission Proposal for an Asylum Procedures Regulation COM(2016) 467*, 2016, at www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/ECRE-Comments-APR_-November-2016-final.pdf.

68 E. Guild, *From Persecution to Management of Populations: Governmentality and the Common European Asylum System*, in *Nijmegen Migration Law*, Working Papers Series, 4, 2012, p. 25.

69 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing an EU common list of safe countries of origin for the purposes of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection, and amending Directive 2013/32/EU, COM(2015) 452 final.

70 C. d’Oultremont, *The Migration Crisis: A Stress Test for European Values*, *European Policy Brief*, 38, 2015, at www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2015/09/Policy-Brief-Migration-final-CO.pdf.

71 ILGA, A. Carroll, L. Ramón Mendos, *State-Sponsored Homophobia – A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, 2017, at http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf.

72 European Parliament, *Report on the Situation of Women Refugees*, *ivi*, point 12.

73 *Ibid*, point 18.

a European and domestic level – as the notion is unsatisfactory and risks leading to the violation of the principle of non-refoulement.

Another matter highlighted in asylum literature relates to the characteristics of interviewers and interpreters, especially their training to deal with certain types of claims and how their gender and ethnicity may affect the outcome of the asylum claim⁷⁴. As mentioned above (section 2), the Procedures Directive reflects the concerns expressed in this literature – in particular in Article 15(3) – by considering the sex of interviewers and interpreters, which has positive consequences for SOGI asylum seekers. Ethnicity and religion have not, however, been mentioned as one of the characteristics the asylum applicant can refer to when expressing a preference about the interviewer and, above all, the interpreter, even if it is known that asylum applicants – including SOGI applicants – may find it extremely challenging to describe their experiences of SOGI-related persecution in front of someone of certain (often their own) ethnicity or religion. It would therefore be positive to include the consideration of ethnicity and religion in this norm in the Proposed Procedures Directive. This would also better reflect the intersectional nature of asylum seekers' experiences of the asylum procedure. More generally, all rules in Article 15 of the Procedures Directive (Article 12 of the Proposed Procedures Regulation) applying to interviewers should also apply to interpreters⁷⁵, in the light of the potentially crucial role of interpreters in the evolution and outcome of the adjudication proceedings.

Considering the sensitiveness of the information usually involved in SOGI asylum claims, these asylum seekers legitimately expect confidentiality and discretion from the asylum authorities. For that reason, when a SOGI asylum case has been dealt with in the context of a joint application submitted on behalf of (child or adult) dependants, Article 11 of the Procedures Directive (which remains essentially the same in Article 35 of the Proposed Procedures Regulation) determines that the procedure should not lead to a single decision if that would lead to the disclosure of an applicant's particular circumstances, including one's sexual orientation or gender identity. A decision (confidential to the SOGI asylum seeker) should be issued separately from the decision relating to the joint application.

3.3. Proving claims based on SOGI in the European Union

As the discussion of the EU SOGI asylum case law above has indicated (section 2), SOGI asylum claims are notoriously difficult to prove. This sub-section will discuss some of the key evidentiary challenges that, in the light of that EU case law, SOGI asylum seekers generally face in terms of proving their asylum claims, even bearing in mind the enormous discrepancies between the decision-making processes across EU Member States.

Evidentiary requirements are of utter importance, as the Qualification Directive indicates. The accepted or required means of evidence in SOGI claims have not been prescribed in EU law – any legally recognised form of evidence can be used in this context. It has, however, been made clear in the CJEU's decisions in *A, B and C* and in *F* that the use of sexualised evidence, stereotyped assessments and projective personality tests in SOGI asylum claims is precluded for violating the dignity and privacy of the claimants. As a general principle in this field, Article 4 of the Qualification Directive establishes that "Member States may consider it the duty of the applicant to submit as soon as possible all the elements needed to substantiate the application for international protection. In cooperation with the applicant, it is the duty of the Member State to assess the relevant elements of the application". The evidence gathering burden *may*, then, lie much more on the applicant than on the authorities. This may have a significant bearing on the outcome of asylum claims, with adversarial systems (where the decision-maker lets the parties produce the relevant evidence) liable to render asylum claims more difficult than inquisitorial (where the decision-maker takes the initiative of collecting evidence) or mixed (where both the parties and the decision-maker share the burden of collecting evidence) systems. Although the CEAS does not clearly espouse an inquisitorial, adversarial or mixed system, EU Member States have much leeway to impose heavy evidence gathering burdens on asylum seekers. This can be particularly damaging for SOGI asylum claims, as one's SOGI and evidence related to SOGI persecution are often extremely difficult to document, especially in discriminatory, oppressive and criminalising environments. Worryingly, Article 4 of the Proposed Qualification Regulation places the burden of proof *compulsorily* on applicants (even if according to Article 8(3) the burden of demonstrating the availability of internal protection rests on national authorities). This effectively introduces an EU quasi-adversarial system and renders international protection claims more difficult for applicants who so far could have relied on more beneficial evidentiary rules at domestic level, thus translating into a negative amendment for SOGI claims. The

74 UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, *ivi*, para. 60.

75 ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, 10.

UNHCR has thus rightly argued that the proposed wording for Article 4 should be abandoned and the burden of proof should be shared⁷⁶.

To carry out their assessment, national authorities will need to rely on precise and up-to-date country of origin information (COI) and information regarding countries through which the asylum seeker may have transited, including “laws and regulations of the country of origin and the manner in which they are applied” (Article 4(3)(a) Qualification Directive; Articles 10(3)(b) and 45 Procedures Directive). On the basis of this information, national authorities may consider a country of origin or transit a “safe country” (Articles 35 ff Procedures Directive). As analysed above, this is a highly contentious notion, particularly inappropriate in relation to SOGI asylum seekers. The importance of good quality COI regarding SOGI asylum claims is thus paramount. For this reason, the European Parliament has recommended that “[t]ogether with the EASO and in cooperation with the European External Action Service, the Commission and Member States should ensure that the legal and social situation of LGBTI persons in countries of origin is documented systematically and that such information is made available to asylum decision-makers as part of Country of Origin Information”⁷⁷. Following this European Parliament’s Resolution, the EASO produced guidance on collecting country of origin information regarding LGB asylum claimants – leaving out trans asylum claimants owing to the insufficient data held in this regard⁷⁸. This is also in line with EASO’s foreseen role as a common educational platform for national asylum officials⁷⁹.

As with any other asylum claim, the success of SOGI asylum claims is fundamentally dependent on the credibility assessment carried out by the decision-maker in the context of Article 4 of the Qualification Directive. As many scholars have already pointed out, a “culture of disbelief” pervades some domestic asylum authorities, such as the Home Office in the UK⁸⁰. The benefit of the doubt – a principle whose importance in asylum adjudication is highlighted in the UNHCR guidance – is ultimately ignored by many decision-makers, thus unlawfully short-changing SOGI asylum seekers⁸¹. In relation to gender related asylum claims, the European Parliament has asserted that credibility assessment should be carried out in a more objective and gender-sensitive way, and decision-makers should receive training on credibility assessment to include gender dimensions, thus also considering female applicants’ cultural, social and psychological profiles, including cultural background, education, trauma, fear, shame and / or cultural inequalities between men and women⁸². The same applies entirely to SOGI-related asylum claims. Explicitly recognising the important and necessary role of the principle of the benefit of the doubt would do much to improve the assessment of credibility in EU asylum law⁸³.

One aspect of SOGI asylum seekers’ experiences that reportedly often has a negative impact on the success of their claims is the “late disclosure” of one’s sexuality (although the problem may also represent itself in relation to gender identity). Article 40 of the Procedures Directive establishes that when an asylum seeker makes further representations during or after the examination of an asylum application, Member States are free to examine those further representations, but are also entitled to only examine them if the applicant was not at fault for not presenting the relevant new elements in question earlier on in the current or previous procedure (if there has been one). Article 5 of the Qualification Directive also states that “Member States may consider it the duty of the applicant to submit as soon as possible all the elements needed to substantiate the application for international protection”. Although this may be understandable from the perspective of procedural effectiveness, the reality is that SOGI asylum seekers often do not know that their SOGI can be of relevance for the purposes of obtaining international protection, and even if they do, many do not know how to structure their narratives and include all elements that may possess relevance to a European decision-maker. Most importantly, many SOGI asylum

76 UNHCR, *Comments on the European Commission Proposal for a Qualification Regulation*, *ivi*, 9-10.

77 European Parliament, *Roadmap against Homophobia*, *ivi*.

78 EASO, *Researching the Situation of Lesbian, Gay, and Bisexual Persons (LGB) in Countries of Origin*, 2015.

79 European Council, *The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens*, OJ C 115, 4 May 2010, pp. 1-38.

80 J. Millbank, *The Ring of Truth: A Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, 1, pp. 1-33; J. Souter, *A Culture of Disbelief or Denial? Critiquing Refugee Status Determination in the United Kingdom*, in *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2011, 1, pp. 48-59.

81 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 2011.

82 European Parliament, *Report on the Situation of Women Refugees*, *ivi*.

83 UNHCR, *Comments on the European Commission Proposal for a Qualification Regulation*, *ivi*, 10.

seekers will not feel comfortable – or may even feel utterly mortified for religious, cultural or personal reasons – at the thought of discussing their SOGI with a complete stranger, in what is often a hostile environment⁸⁴. As the CJEU has asserted in *A, B and C* that delays in disclosing one's sexuality should not automatically be held against asylum claimants to harm their credibility (para. 69-71), domestic authorities should not place excessive importance on late disclosures⁸⁵. It would have been useful if this decision had been reflected in one of the CEAS 2016 reform proposals⁸⁶.

The evidentiary challenges here discussed affect all the elements of an asylum claim that a SOGI asylum claimant needs to prove. Those elements will now be considered.

3.4. The SOGI refugee status determination process in the European Union

As with any other asylum claim, SOGI asylum claimants need to prove the elements required to be granted refugee status, namely a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, and an inability or unwillingness to use the protection of that country (Article 1A(2) of the Refugee Convention). It is essential to analyse here how the elements of "persecution" and "particular social group" (PSG), in particular, play out in the context of SOGI asylum claims at a European level. This will also lead us to consider the "discretion" and "internal relocation" arguments.

A definition of the notion of "persecution" was only introduced at EU level in 2004 by Article 9(1) of the Qualification Directive. This norm defines "persecution" as an act "sufficiently serious by its nature or repetition as to constitute a severe violation of basic human rights, *in particular* the rights from which derogation cannot be made under Article 15(2) [ECHR]" (emphasis added), or an accumulation of various measures with the same effect. The use of the expression "*in particular*" should encourage asylum authorities to consider as "persecution" acts that violate derogable rights as well, which can be of benefit to SOGI asylum seekers. In Article 9(2) of the Qualification Directive one can find several examples of what can constitute persecution, including acts of physical or mental violence (including acts of sexual violence), legal / administrative / police / judicial measures in themselves discriminatory or implemented in a discriminatory way, prosecution or punishment which is disproportionate or discriminatory, and denial of judicial redress resulting in a disproportionate or discriminatory punishment. The emphasis on the discriminatory character of acts can, again, prove beneficial to SOGI asylum seekers, so often subjected to, or at risk of, discriminatory penalties in their countries of origin. Finally, Article 6 of the Qualification Directive rightly recognises that non-State actors can be "actors of persecution or serious harm" when the State or whatever entity controls it is unable or unwilling to provide protection against persecution or serious harm. This can also be beneficial to SOGI asylum seekers, considering relatives, friends, neighbours and wider community members often initiate or are accomplices of the discriminatory and violent acts SOGI asylum seekers try to escape. All these norms remain substantively unaffected by the Proposed Qualification Regulation. Similarly, the CJEU's understanding (expressed in *X, Y and Z*) that the criminalisation of homosexual acts does not in itself constitute an act of persecution remains valid, despite running against the views of scholars and NGOs alike⁸⁷. The EU institutions are thus missing a valuable opportunity to redress this serious shortcoming in EU SOGI asylum law.

Although nothing prevents LGBTI individuals from claiming asylum on any of the grounds prescribed in the Refugee Convention – and whilst recognising that any of those grounds may be entirely appropriate under certain circumstances – the reality is that LGBTI individuals tend to rely almost exclusively on the "particular social group" (PSG) ground. Although intersex and trans (broadly defined) individuals could also constitute a PSG, these characteristics are not expressly mentioned in this norm. The Proposed Qualification Regulation does not include any suggestion in this respect, which is a missed opportunity⁸⁸. Some inspiration could be drawn from the Canadian Immigration and Refugee

84 European Court of Human Rights, 27 June 2013, *M.K.N. v. Sweden*, no. 72413/10.

85 See, for example, decision of the Italian Supreme Court: Corte di Cassazione, ordinanza del 5 marzo 2015, n. 4522.

86 ILGA Europe, for example, suggests adding such guidance to Recital No. 29 of the Proposed Qualification Regulation: ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, pp. 5-6., and the UNHCR suggest reflecting this in a revised version of Article 4(5) of the Proposed Qualification Regulation: UNHCR, *Comments on the European Commission Proposal for a Qualification Regulation*, *ivi*, pp. 9-10.

87 ICJ, *X, Y and Z: A Glass Half Full for "Rainbow Refugees"?*, *ivi*; S. Jansen, T. Spijkerboer, *ivi*.

88 ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, 4.

Guidelines on Sexual Orientation and Gender Identity and Expression⁸⁹, which fails to include sex characteristics but at least includes gender expressions⁹⁰. Oddly enough, Recital No. 30 of the Qualification Directive refers to “gender, including gender identity and sexual orientation” in the context of “particular social group”, as if sexual orientation were an aspect of gender. Despite the undeniable links between sexual orientation, on the one hand, and gender norms and roles, on the other⁹¹, it is unfortunate to conflate both in such terminological and conceptual inaccuracy and enshrine that result in statute. For the sake of greater terminological and conceptual accuracy, “including” should have been eliminated: “gender, gender identity and sexual orientation” would have been preferable, but Recital No. 28 of the Proposed Qualification Regulation simply replicates the current wording. In relation to the cumulative approach to the PSG tests in Article 10(1)(d) of the Qualification Directive (discussed in section 2), the European Parliament appropriately proposed an amendment that renders the tests alternative by replacing “and” with “or”⁹². The CJEU also took the opportunity in *X, Y and Z* to underline that the existence of criminal laws targeting homosexuals supports the finding that those persons form or belong to a particular social group for the purposes of the Refugee Convention. Although this may seem positive, it places insufficient value on these criminal norms for the purposes of the notion of persecution, as seen above. More positively, Article 10(2) of the Qualification Directive (retained by the Proposed Qualification Regulation) states that “perceived characteristics” are equally relevant, so it is enough for an applicant to prove that they are perceived by the actors of persecution as LGBTI.

Even if a SOGI asylum seeker proves persecution and membership of a PSG, asylum authorities often use what is usually referred to as the “internal relocation alternative” to justify not granting international protection. Internal relocation refers to the possibility of an asylum seeker being able to return to the country of origin and relocate within it to escape the persecution complained of. This is a highly contentious tool in the context of SOGI asylum, in the light of how widespread discrimination and violence against sexual minorities can be in the countries of origin of most SOGI asylum seekers. The possibility of relocating within one’s country of origin is also increasingly unrealistic owing to the extensive use of social media and internet, unless a considerable degree of “concealment” of one’s SOGI is demanded. The current Qualification Directive deals with this notion under Article 8, as “internal protection”, and states that asylum authorities *can* carry out such an assessment bearing in mind both “the general circumstances prevailing in that part of the country and to the personal circumstances of the applicant”. It remains to be seen how EU institutions, especially the CJEU, perceive this tool in the light of the current legal framework and social context. The Proposed Qualification Regulation would render this assessment compulsory (Article 8(1)), whilst the European Parliament would retain its optional character and add that internal protection can only be found to be viable if “the State or agents of the State are not the actors of persecution or serious harm”⁹³. Considering the generally inappropriate nature of the “internal relocation alternative” SOGI asylum claimants, the European Parliament’s amendment should be favoured. On a more positive note, (a new) Article 8(4) of the Proposed Qualification Regulation adds sexual orientations amongst the applicant’s personal circumstances that need to be particularly taken into account when making an “internal protection” assessment.

An argument that for some time gained considerable traction in some European domestic jurisdictions in relation to SOGI asylum claims is that the claimants could return to their countries of origin and be “discreet” about their sexuality to avoid harm – what came to be termed the “discretion argument”, “discretion reasoning” or “discretion requirement”, but is in fact “concealment” for all purposes. In *X, Y and Z*, the CJEU brought to an end this idea, highlighting the inconsistency between expecting discretion from asylum seekers to avoid harm and the rationale of the international refugee system itself. It has, however, been pointed out that the CJEU should have also ruled out the possibility of asylum

89 Immigration and Refugee Board of Canada, *Chairperson’s Guideline 9: Proceedings Before the IRB Involving Sexual Orientation and Gender Identity and Expression*, 26 April 2017, at www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir09.aspx.

90 M. Dustin, N. Ferreira, *Canada’s Guideline 9: Improving SOGIE Claims Assessment?*, in *Forced Migration Review*, 2017, pp. 80-83.

91 J.D. Wilets, *Conceptualizing Private Violence against Sexual Minorities as Gendered Violence: An International and Comparative Law Perspective*, in *Albany Law Review*, 1997/1996, pp. 989-1050.

92 European Parliament, *Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Standards for the Qualification of Third-Country Nationals or Stateless Persons as Beneficiaries of International Protection, for a Uniform Status for Refugees or for Persons Eligible for Subsidiary Protection and for the Content of the Protection Granted and Amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 Concerning the Status of Third-Country Nationals Who Are Long-Term Residents*, 2017, A8-0245/2017, Amendment 85.

93 *Ibid*, Amendment 75.

authorities questioning asylum claimants about how they expressed their sexuality in their countries of origin and how they would express it if they were returned, as this is still allowed in the UK with the detrimental effect of returning SOGI asylum claimants to their country of origin on the basis that they would conceal their SOGI out of respect for social convention as opposed to fear of persecution⁹⁴. Appropriately, the Proposed Qualification Regulation would enshrine the prohibition of the “discretion requirement” in Article 10(3), by prohibiting an expectation that applicants “behave discreetly or abstain from certain practices, where such behaviour or practices are inherent to his or her identity, to avoid the risk of persecution in his or her country of origin”.

The possibility of *sur place* international protection claims – i.e. claims that relate to fear of persecution that arises from events which have taken place since the applicant left the country of origin – is also relevant for SOGI claimants. It may well happen that a SOGI claimant only requires international protection owing to relatives, community members or members of the police finding out about the applicant’s SOGI after they left the country. This can be the case, e.g., of an international student exploring their sexuality whilst abroad, posting on social media about their participation in queer events or a new same-sex partner, and then being unable to return to the country of origin owing to family threats or unsafe community environment. Article 5 of the Qualification Directive recognises *sur place* claims, and explicitly states that such claims may “be based on activities which the applicant has engaged in since he or she left the country of origin, in particular where it is established that the activities relied upon constitute the expression and continuation of convictions or orientations held in the country of origin”. This suits SOGI claimants, as their SOGI-related “activities” in the host country are most likely the result of a SOGI the applicant was already aware of to some extent in their country of origin, but may have more freely explored or expressed in the host country. Article 5(3), however, establishes that “Member States *may* determine that an applicant who files a subsequent application shall not normally be granted refugee status if the risk of persecution is based on circumstances which the applicant has created by his or her own decision since leaving the country of origin” (emphasis added). This may affect SOGI claimants, as decision-makers may perceive the participation in “queer activities” (such as taking part in LGBTI events, speaking to the press or posting on social media on LGBTI-related issues, and being a member of LGBTI group) as an attempt of the applicant to attract attention and “create” the necessary conditions for a finding of fear of persecution. Ironically, not engaging in such “queer activities” is also what may damage the applicant’s credibility in the eyes of the decision-maker, so applicants may fail to obtain international protection independently of whether they engage in such activities or not. Whilst so far the Article 5(3) exception is facultative and only affects refugee status (not subsidiary protection), the Proposed Qualification Regulation aims to amend this norm to render it practically mandatory and apply it to subsidiary protection as well. The European Parliament, instead, would keep the exception facultative and exclude from its scope those cases, as described above, of individuals who were previously unable to express their sexuality and now wish to do so⁹⁵. The European Parliament’s proposal should be favoured, for protecting more effectively the rights and wellbeing of SOGI claimants.

All in all, it remains a considerable challenge for SOGI asylum seekers to be granted international protection in the context of the EU legal and policy framework here described. The ultimate decision-makers, though, can only be found at domestic level, not EU, as it will now be considered.

3.5. Life after the granting (or denial) of international protection to SOGI claimants

The EU legal and policy framework has very little to say about what happens after domestic asylum decision-makers take a decision on a SOGI asylum claim. Yet, some aspects of a SOGI asylum seeker’s life after a final decision on the claim are influenced by the EU framework.

In case of a positive decision on some form of international protection, social integration is left largely to Member States’ discretion. Yet, EU legislation on the family reunification rights of third country nationals (Family Reunification Directive) allows refugees to be joined by family members⁹⁶. “Family members” categorically include spouses and (unmarried and “under age”) children, but only include unmarried partners “in a duly attested stable long-term relationship” and registered partners upon Member States’ discretion (Articles 4 and 10). These norms, if transposed in a minimalistic way by Member States, leave SOGI asylum seekers in a less advantageous position than heterosexual/cis-gen-

94 *LC (Albania) v The Secretary of State for the Home Department & Anor* [2017] EWCA Civ 351; ECRE, *Preliminary Deference?*, *ivi*.

95 European Parliament, *Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Standards for the Qualification of Third-Country Nationals*, *ivi*, Amendment 68.

96 Articles 9 ff of the Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251, 03 October 2003, pp. 12-18.

der asylum seekers. SOGI claimants will generally have much greater difficulty in proving subsisting family or intimate relations (for example, that they lived together with an intimate partner in the country of origin), owing to the secretive nature of those relationships in persecutory environments. This remains the case despite Article 11(2) of the Family Reunification Directive stating that domestic authorities should take into account non-official or documentary evidence of the family relationship and should not reject an application based solely on the fact that documentary evidence is lacking. As a reflection of Europe's own variety in, and often discriminatory nature of, same-sex marriage and partnership regulations, it is unlikely that enough consensus will be gathered any time soon to amend this Directive as to render it equally favourable to SOGI refugees. Article 23 of the Qualification Directive complements the Family Reunification Directive by ensuring that Member States promote the family unity of beneficiaries of international protection. Although under the Proposed Qualification Regulation Member States retain the prerogative of discriminating against unmarried couples in the light of their domestic law (Article 2(9)(a)), it offers a slightly broader notion of "family member", namely by including relationships formed outside the country of origin of the applicant(s) but before the arrival to the host country (Recital No. 16), and extends the right to family reunification to those who are granted subsidiary protection (Article 25)⁹⁷. This proposal is welcome, but it remains to be seen how evidentiary standards will be applied when SOGI applicants will make use of these substantive norms. There have thus been calls for clearer inclusion of same-sex couples and their relatives within the notion of "family members" in the new Qualification Regulation, as well as in the Proposed recast of the Dublin Regulation⁹⁸. One could go even further and call for equal treatment of couples and families independently of gender, gender expression and sex characteristics of any of their members.

Even if an asylum seeker obtains a positive international protection decision, the Qualification Directive determines a range of reasons on the basis of which refugee status ceases, including acquisition of another nationality, having misrepresented or omitted facts in the asylum process, and being considered a danger to the security of the host Member State (Articles 11 and 14). Amongst the relevant reasons, there is also the change in the circumstances on the basis of which an asylum seeker was granted refugee status (Article 11(1)(e)). If the change of circumstances is held by the domestic authorities to be of "such a significant and non-temporary nature that the refugee's fear of persecution can no longer be regarded as well-founded", the refugee can be lawfully returned to the country of origin (Article 11(2)). These norms may affect SOGI refugees to a great extent, if, for example, domestic authorities interpret changes to criminalisation of homosexuality in a country of origin as a sign that there is no longer persecution or authorities consider that there is no risk of persecution anymore for a trans individual who "reverted" to identifying according to the sex assigned at birth. Yet, application of these norms to SOGI refugees needs to occur very cautiously, as formal or official changes in countries of origin may take decades to be genuinely reflected in wider social practices, whilst discrimination and violence against SOGI individuals may continue to be widespread and underreported. Furthermore, the risk of persecution may persist in subtler ways and take shapes that may be unfamiliar to decision-makers.

In case of a negative decision on international protection or the ceasing of refugee status, and the consequent issuance of a deportation order, the EU Return Directive has nothing to say about the claimant's SOGI – only age deserves some consideration (Article 17). There is currently no proposal to reform this instrument. It is submitted that, at the next possible legislative occasion, SOGI should also warrant particular attention in the return process, in the light of the scope for discrimination and victimisation during the removal and beyond.

97 Whilst the Family Reunification Directive applies chiefly to refugees and their family members residing outside the EU, the Qualification Directive / Proposed Qualification Regulation applies more broadly to any beneficiary of international protection and to their family members already in the EU territory. In situations where both instruments potentially apply, the Family Reunification Directive takes precedence as *lex specialis*: Recital No. 38 of the Proposed Qualification Regulation; S. Peers, *The New EU Law on Refugees Takes Shape*, *ivi*.

98 European Parliament, *Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Standards for the Qualification of Third-Country Nationals*, *ivi*, Amendment 16; ILGA Europe, *Protecting the Rights of LGBTI Asylum Seekers*, *ivi*, 4-5; UNHCR, *Comments on the European Commission Proposal for a Qualification Regulation*, pp. 31-32.

4. The way forward for the European Union SOGI asylum framework

The overall EU asylum policy has become increasingly restrictive since its inception. As Guild points out, “[m]echanism after mechanism is described which permits the administrator to avoid listening to the story of the asylum seeker. Safe country of origin, safe third country, presumptions of manifestly unfounded applications, assessments of countries of origin – all these mechanisms are designed to release the national administrator from the duty to treat the individual as an individual”⁹⁹. Not all these mechanisms and the way they are used are entirely due to EU law and policy, but it is also true that EU law and policy is an accomplice (when not a nurturer) of these mechanisms, rather than a much-needed obstacle. This feeds into a “Fortress Europe” mentality, which, in the words of Ammaturo, “only exacerbates the creation of outsiders who are denied the possibility of participating in the fate and decisions of a political community that perceives them as “threats” or “impostors”, while simultaneously instrumentalising politically their presence and experiences on the national soil”¹⁰⁰.

SOGI asylum is a particularly complex and challenging area within EU asylum law and policy. Some authors have criticised the “civilised West” for nurturing a “save the queers” narrative¹⁰¹. Other authors have criticised Western countries for using “queers” as trophies, whilst making these persons undergo arduous asylum procedures¹⁰². It is indeed essential to criticise Western political manipulative strategies that may be at play, to the extent that they may be hypocritical. Yet, as we have argued elsewhere, not “saving the queers” (to use Bracke’s expression) would be similarly criticisable for being inhumane, violating international and human rights law, and effectively facilitating the oppression of LGBTI individuals around the globe – so European policy and decision-makers find themselves in a “catch 22” situation¹⁰³. In short, if anything, the “save the queers” narrative is simply not acted upon enough, and it should materialise in a more consistent and effective way, including through improvements to the EU asylum policy along the lines suggested throughout this contribution, particularly in the context of the current CEAS reform. As it has become apparent throughout this contribution, the current proposals suffer from severe shortcomings. Key aspects that need to be addressed relate to the notion of “safe country of origin”, the burden of proof, sexual self-identification, subsisting guises of the “discretion requirement”, the current cumulative application of the PSG tests, and the insufficiency of criminalisation for the purposes of the notion of “persecution”. There is also further scope for improvement in relation to the Proposed Union Resettlement Framework (which should be amended to include SOGI asylum seekers amongst those eligible for targeted Union resettlement schemes)¹⁰⁴ and the need to introduce EU-wide humanitarian visas that can benefit SOGI asylum seekers.

To navigate the substantive and procedural aspects of their asylum claims, SOGI asylum claimants can rely on a range of NGOs based in particular European countries – including general asylum NGOs, general SOGI NGOs, and NGOs specialised in SOGI asylum¹⁰⁵. At a European level, though, those NGOs that carry out work related to SOGI asylum concentrate on policy work rather than direct support or advice¹⁰⁶, leaving asylum seekers with very limited possibility of gaining a comprehensive picture of the SOGI asylum system in Europe in any useful time. This gap in refugee advice could be usefully addressed to support SOGI asylum seekers grasp the SOGI specificities of the EU asylum procedure explored in this contribution. Overall, an immense body of work still needs to be carried out to make justice to SOGI asylum claims.

99 E. Guild, *ivi*, p. 10.

100 F.R. Ammaturo, *ivi*, 110.

101 S. Bracke, *From “Saving Women” to “Saving Gays”: Rescue Narratives and Their Dis/Continuities*, in *European Journal of Women’s Studies*, 2012, 2, pp. 237-252.

102 R. Mole, *Homonationalism: Resisting Nationalist Co-Optation of Sexual Diversity*, in *Sexualities*, 2017, 5-6, pp. 660-662; S. Keenan, *Subversive Property: Law and the Production of Spaces of Belonging*, Abingdon/Oxon/New York, Routledge, 2015.

103 N. Ferreira, *Sexuality and Citizenship in Europe: Sociolegal and Human Rights Perspectives*, in *Social & Legal Studies*, 2018, 2, pp. 253-265.

104 European Parliament, *Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Union Resettlement Framework and Amending Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and the Council (COM(2016)0468 – C8-0325/2016 – 2016/0225(COD))* (A8-0316/2017), 2017, Amendment 50.

105 For a list of relevant organisations, see www.sogica.org/en/useful-links/.

106 For example, European Council on Refugees and Exiles and ILGA-Europe.

Patrizia Palermo*

Orientamento sessuale e identità di genere nel sistema dell'asilo in Italia anche alla luce della riforma Minniti

Sommario

1. Premessa – 2. Un sistema di protezione composito – 3. Il futuro “incerto” dell’asilo costituzionale – 4.1. Lo status degli stranieri in ragione dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere – 4.2. L’onere della prova – 5. La Riforma Minniti: formazione della prova e abolizione dell’appello – 6. Osservazioni conclusive.

Abstract

Il sistema di asilo in Italia è caratterizzato da una mancata attuazione normativa dell’ampia previsione costituzionale (articolo 10, comma 3, Cost.) e da una significativa integrazione da parte di fonti internazionali e soprattutto europee. La disciplina normativa è caratterizzata da importanti garanzie procedurali e processuali, soprattutto in merito all’accertamento delle condizioni soggettive dei richiedenti asilo. Per i richiedenti asilo in ragione dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere (SOGI) sono state dedicate apposite disposizioni che hanno trovato un’importante applicazione soprattutto a livello giurisprudenziale. Le recenti riforme normative varate nel 2017 hanno però ridotto proprio parte di queste garanzie fondamentali, in particolar modo quelle relative alla formazione della prova in sede giudiziaria e all’eliminazione del grado di appello. In tal modo, come sostiene questo contributo, rischia di essere compromessa la piena attuazione del diritto alla protezione, specie di alcuni gruppi di richiedenti asilo come quelli SOGI per i quali la valutazione della prova riveste un ruolo determinante per l’accesso al sistema di protezione.

The asylum system in Italy is characterized by the lack of implementation of Article 10.3 of the Italian Constitution. Without filling this gap, international and, mostly, European provisions have increasingly influenced the internal framework. Interestingly, this framework has always provided significant procedural and processual guarantees, especially in relation to the assessment of the individual conditions of asylum seekers. For people who request international protection on sexual orientation and/or gender identity (SOGI), this framework includes specific provisions that have been, until today, applied and valued mostly at judicial level. However, the 2017 reform seems to have diminished these guarantees, especially in relation to the proof required before a judge and the elimination of the second-instance appeal. In this way, the right to protection seems to be jeopardized, especially as far as SOGI asylum seekers are concerned for the reasons explored in this contribution.

* Dottoressa di ricerca in Democrazia e diritti umani, Università di Genova.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Premessa

La fragilità del diritto di asilo, che si concretizza in un insieme di diritti e prerogative, primi fra tutti il diritto alla vita e all'accoglienza, rispecchia la difficile dialettica tra esigenze dello Stato di esercitare il potere di decidere chi ammettere nel proprio territorio per garantire la sicurezza, e il diritto di entrare in uno Stato straniero quando si fugge da persecuzioni o violenze generalizzate.

In Italia il diritto di asilo costituzionale non ha trovato una sua piena attuazione attraverso la normativa interna. Allo stato attuale è infatti forse più adeguato parlare di un sistema complesso e composto di protezione in cui alle fonti interne si sono affiancate, con una rilevante funzione di completamento della disciplina, le fonti esterne. Soprattutto di derivazione europea.

La materia risente inoltre moltissimo anche dei delicati equilibri politici, influenzati dalle difficoltà di gestione dei flussi di massa di richiedenti asilo che hanno interessato le coste del mediterraneo negli ultimi anni e in cui l'Italia ha rivestito un ruolo protagonista. Alla luce delle difficoltà emerse in tali frangenti l'Unione europea (Ue) ha predisposto una serie di azioni, normative e politiche, sostanzialmente finalizzate a frenare l'arrivo dei potenziali richiedenti asilo, in ciò avallata o anticipata o seguita da azioni svolte da singoli Stati membri¹.

Il sistema di protezione è dunque oggi particolarmente articolato e a norme di diritto sostanziale si affiancano molte disposizioni procedurali di derivazione soprattutto europea. A livello legislativo le fonti dell'Unione europea e le future prospettive di riforma riguardano infatti non solo i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale (comprensiva dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria) quanto e soprattutto modifiche procedurali e dello stesso diritto di chiedere il riconoscimento dell'asilo.

Si prefigura con le proposte di riforma l'esclusione *ex lege* alla procedura, e dunque al diritto alla protezione, per la mera provenienza da Paesi ritenuti sicuri o da Paesi terzi sicuri, così da escludere *ab origine* la responsabilità giuridica in capo agli Stati membri dell'Unione².

In questo scenario si assiste dunque a una progressiva restrizione del riconoscimento del diritto d'asilo³, e il ruolo rivestito dalle garanzie procedurali e processuali diventa terreno ove agire per ridurre le possibilità di protezione. Ciò si è verificato anche a livello interno con la recente riforma "Minniti"⁴. Sminuire le garanzie processuali incide in modo rilevante sull'accertamento di quelle singole posizioni giuridiche che permettono o meno l'accesso al sistema di protezione e questo si verifica ancora di più laddove la prova del rischio di subire gravi pregiudizi a causa dell'appartenenza a particolari gruppi o avere un determinato orientamento sessuale, diventa centrale al fine di evitare l'esclusione dallo Stato e il conseguente rischio di trattamenti persecutori o disumani. Diritto sostanziale e tutela delle procedure, nel diritto alla protezione, è un binomio inscindibile, come sostenuto in molte decisioni proprio dalla Corte europea dei diritti umani (Corte Edu), che in più occasioni ha condannato l'Italia negli ultimi anni⁵.

La necessità di snellimento e velocizzazione del procedimento e del processo a discapito delle garanzie è diventata in Italia una realtà normativa, come appena accennato, al fine anche di rispondere alle richieste di maggiore sicurezza e di riduzione degli sbarchi, che si è affiancata anche all'adozione, a livello internazionale, dei nuovi Accordi internazionali con la Libia⁶, molto discussi considerate le con-

1 N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2018, 1. Per una panoramica dei vari accordi tra Unione europea o tra singoli Stati membri e Paesi terzi, si vedano i due volumi 2016 della Rivista *Diritto, immigrazione, cittadinanza*. Si ricordano l'Accordo (o non-Accordo) con la Turchia, che ha bloccato la cd. rotta balcanica, e l'Accordo Italia-Libia che ha ridotto ulteriormente gli sbarchi nel 2017.

2 N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit.

3 ASGI, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*, 2017, in www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/09/2017_9_Articolo_politiche-UE_ok.pdf.

4 Legge 13 aprile 2017, n. 46, *Recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, in *GURI*, n. 90 del 18 aprile 2018.

5 Corte Edu, decisione del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, n. 16643/09, Corte Edu, Grande Camera, decisione del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, n. 27765/09.

6 Il patto stipulato tra Italia e Libia è composto da 8 articoli preceduti da un preambolo, ha due obiettivi principali. In primo luogo, mira a completare e a rafforzare il sistema di controllo dei confini libici per limitare i flussi di migranti clandestini nella rotta mediterranea. In secondo luogo, l'accordo prevede che l'Italia offra supporto tecnico al GNA per contrastare l'attività dei trafficanti di esseri umani. Il testo del patto è leggibile nel sito del Governo: www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia.pdf. Si legge nel testo che il Patto è l'attuazione dei precedenti accordi (Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30/08/2008, ed in particolare l'articolo 19 dello stesso Trattato, la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio

dizioni di detenzione e il mancato rispetto dei diritti umani in questo Stato⁷. Eppure di recente la Corte di giustizia Ue ha affermato l'importanza dell'utilizzo dei mezzi di acquisizione delle prove, proprio in materia di orientamento sessuale, che deve essere rispettoso dei diritti fondamentali e, soprattutto, della dignità umana⁸. E' ormai condiviso, anche dalla giurisprudenza⁹, il fatto che spesso l'orientamento sessuale e l'identità di genere vengano occultati non solo nei Paesi di origine, per ovvie ragioni di paura, ma anche in seguito e ovunque. Proprio per questo le reticenze nell'ammissione e nella prova del proprio orientamento o della propria identità devono essere vagliate con particolare attenzione come indicato nelle rilevanti Linee Guida dell'UNHCR in materia di protezione internazionale, di seguito riportato:

«33. Il fatto di essere costretti a nascondere il proprio orientamento sessuale e/o la propria identità di genere potrebbe anche causare gravi danni di tipo psicologico o di altra natura.

Atteggiamenti, norme e valori discriminatori e di disapprovazione, possono avere gravi conseguenze sulla salute mentale e fisica delle persone LGBTI, e in casi particolari possono anche determinare una situazione intollerabile equivalente alla persecuzione. Va inoltre considerata, soprattutto nel lungo periodo, la comparsa di un senso di negazione di sé, di sentimenti di angoscia o vergogna, del desiderio di isolamento o anche dell'odio di sé – sintomi che potrebbero accentuarsi in conseguenza dell'impossibilità di dichiarare apertamente la propria sessualità o la propria identità di genere»¹⁰.

Aver “svilito” il ruolo fondamentale della raccolta dei mezzi probatori in sede giurisdizionale da parte della riforma entrata in vigore nel 2017, sicuramente è espressione di un venir meno di un sistema di garanzie non considerato più essenziale ma soccombente rispetto alle esigenze, talvolta gridate, di tutela dei confini.

Il presente contributo analizza la disciplina dell'asilo e il sistema delle fonti con particolare riguardo alle sue applicazioni in materia di orientamento sessuale e identità di genere, anche alla luce della riforma del 2017 che ha ridotto le garanzie processuali, come già accennato, con particolare riguardo soprattutto al ruolo svolto dall'onere della prova, dalla sua formazione extragiudiziarica e dall'eliminazione del grado di appello.

2. Un sistema di protezione composito

L'articolo 10, comma 3, della Costituzione italiana sancisce espressamente il diritto all'asilo dello straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

La Corte costituzionale in più occasioni ha affermato che il diritto di asilo, per la sua evidente collocazione nei principi fondamentali della Carta repubblicana, deve essere annoverato tra i diritti inalienabili della persona umana¹¹. L'assenza ancora oggi di una disciplina legislativa organica in mate-

2012 e altri accordi e memorandum sottoscritti in materia). Avverso le condotte poste in essere a seguito dell'accordo è stato annunciato un ricorso alla Corte Edu contro l'Italia per aver coordinato la Guardia Costiera libica nei respingimenti che hanno portato ad abusi e al decesso di migranti, reperibile in www.asgi.it/allontamento-espulsione/migranti-libia-guardia-costiera-cedu. Avverso l'accordo è stato altresì presentato un ricorso alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 80 della Costituzione, *Mancata ratifica parlamentare del memorandum Italia-Libia: al via il ricorso alla Corte Costituzionale*, reperibile in www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/mancata-ratifica-parlamento-memorandum-italia-libia-ricorso-corte-costituzionale.

7 L. Bagnoli, *Italia-Libia: pioggia di ricorsi per violazione diritti migranti*, in *Osservatorio Diritti*, www.osservatoriodiritti.it, 2018.

8 Corte di giustizia Ue, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F. contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

9 Per una disamina della giurisprudenza sul tema si rinvia al paragrafo 4.1.

10 *Linee Guida in materia di Protezione Internazionale n. 9: Domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere nell'ambito dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del suo Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 2012. In tema di richieste di protezione basate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere è utile ricordare che i Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere, sebbene non siano vincolanti, riflettono dei principi consolidati del diritto internazionale. Essi stabiliscono il quadro della tutela dei diritti umani applicabile in relazione all'orientamento sessuale e/o all'identità di genere.

11 Per una rassegna sull'elaborazione giurisprudenziale del diritto di asilo si rinvia a S. Del Core, *Diritto di asilo e status di rifugiato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia Civile. II parte*, 2007, pp. 136 ss.

ria di diritto di asilo¹² ha creato però non pochi problemi interpretativi e applicativi. La carenza di una normativa attuativa del diritto di asilo ha permesso alla giurisprudenza, soprattutto quella di legittimità, di svolgere un ruolo supplente fondamentale nel delineare, e in alcuni casi, delimitare e limitare, tale diritto, almeno fino all'integrazione disciplinare avvenuta attraverso il recepimento di fonti straordinarie¹³.

A tal proposito la dottrina si è espressa in termini di riconoscimento giudiziale (o giurisprudenziale) dell'asilo costituzionale, evidenziando l'importanza assunta dal diritto vivente nell'attuazione del dettato costituzionale. Gli orientamenti che si sono susseguiti hanno però rilevato la "pericolosità" di una mancata attuazione legislativa organica della norma costituzionale, tanto che in alcuni casi si è sottolineato lo "svuotamento" dell'asilo costituzionale definito un "diritto negato"¹⁴.

Le problematiche emerse da tale mancata attuazione del diritto di asilo costituzionale hanno coinvolto diversi aspetti inerenti la natura giuridica delle disposizioni costituzionali (programmatiche o immediatamente precettive), oltre a fondamentali questioni sostanziali, procedurali, processuali e soprattutto qualificatorie. Per molto tempo lo *status* di rifugiato si è sovrapposto a quello di asilante di previsione costituzionale, riducendo e svuotando quest'ultimo di autonomia e confondendo il significato di "*status*" con quello di diritto, comunque confinato ai casi di riconoscimento solo in situazioni di persecuzione individuale.

La normativa internazionale, soprattutto la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, e quella dell'Unione europea¹⁵ hanno dunque svolto una funzione supplente fondamentale dando esecuzione parziale a un diritto "relativizzato" dall'essere solo giurisprudenziale. Il legislatore sovranazionale si è sostituito a quello interno anche se nessuna previsione normativa in merito costituisce una piena attuazione dell'asilo costituzionale.

Lo Stato italiano in materia di asilo ha rinunciato al suo potere di legiferare e la riduzione di sovranità derivante dall'adesione al sistema europeo, sembra fornire un'ulteriore occasione per ripercorrere e sovrapporsi a un percorso di "assenze" e vacanze normative relative a un diritto mai volutamente

- 12 Per un inquadramento generale della problematica giuridica del diritto di asilo, anche da un punto di vista storico, U.E. Paoli, *Asilia*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1958, pp. 1035 s. e *Asilo. Diritto greco e romano*, *ivi*; G. Crifò, *Asilo (diritto di) (diritti antichi)*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, pp. 191 ss. Per profili di carattere generale e sull'evoluzione delle nozioni di asilo, territoriale e extraterritoriale, nonché di rifugio, si vedano M. Giuliano, *Asilo (diritto di) (diritto internazionale)*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 204 ss.; A. Migliazza, *Asilo (diritto internazionale)*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, I^a, Torino, Utet, 1958, pp. 1039 ss.; G. Conetti, *Rifugiati*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, VI, Torino, Utet, 1986, pp. 819 ss.; E. Bernardi, *Asilo politico*, voce in *Digesto Discipline Pubbliche*, I, Torino, Utet, 4^a, 1987, pp. 421 ss.; i vari contributi in F. Rigaux (ed.), *Droit d'asile*, Bruxelles, 1988, e in *Droit d'asile et des réfugiés*, Colloque de Caen de la Société Française pour le Droit International, Paris, 1997; R. Pisillo Mazzeschi, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, pp. 694 ss.; G. Ferrarri, *L'asilo nella storia*, in www.unhcr.it/news/dir/91/view/634/lasilo-nella-storia-63400.html; i vari contributi in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005. In epoca più recente si vedano i contributi di M. Pedrazzi, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo*, L. Zagato (a cura), Padova, Cedam, 2006, pp. 13 ss.; A. Gioia, *Asilo*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 449 ss.; i vari contributi in B.M. Bilotta, F.A. Cappelletti, *Il diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006; G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 1 ss.; J. Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Leiden-Boston, 2008, pp. 40 ss.; G. Cordini, *Il diritto d'asilo nelle costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, D. Castellano (a cura di), Napoli, Edizioni Esi, 2008, pp. 51 ss.; A. Bretschneider, *Diritto d'asilo e status di rifugiato politico nell'ordinamento italiano*, in *Il politico*, 2008, pp. 5 ss.
- 13 D.lgs. 251/2007 (attuazione della Direttiva 2004/83/CE, successivamente rifiuta nella Direttiva 2011/95/UE), dal d.lgs. 25/2008 (attuazione della Direttiva 2005/85/CE, rifiuta nella Direttiva 2013/32/UE), dal d.lgs. 142/2015 e dal d.p.r. 21/2015. Il d.lgs. n. 18/2014 è intervenuto infatti a modificare molte disposizioni del d.lgs. n. 251/2007 e l'art. 29 del T.U. delle leggi sull'immigrazione.
- 14 S. Pizzorno, *La Cassazione svuota l'asilo politico costituzionale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, pp. 611 ss.; L. Melica, *La Corte di Cassazione e l'asilo costituzionale: un diritto negato?*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2006, p. 5; P. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale*, Padova, 2007; G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2007.
- 15 Si rinvia ai richiami normativi di cui alla nota 13.

definito con chiarezza¹⁶. Sembra la storia di limiti e controlimiti¹⁷ nella tutela di un diritto enunciato tra i principi fondamentali della Carta costituzionale ma mai attuato a livello interno e “colmato” di contenuti dalle normative internazionali (Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato) e soprattutto sovranazionali (regolamenti e direttive europee in materia di protezione internazionale).

Come già accennato, nel dibattito sul diritto di asilo sono state affrontate anche alcune questioni più strettamente connesse con le garanzie procedurali e processuali, relative al riparto di giurisdizione nel caso di provvedimenti di diniego dell’asilo, alla competenza, al rito, agli oneri probatori, tutte problematiche oggetto di contrasti anche a livello dottrinale e che hanno subito una rivisitazione a seguito anche dei recenti interventi normativi intervenuti nel 2017 con la riforma Minniti.

Le ragioni politiche di protezione dei confini interni e dell’Europa hanno condotto ad adottare misure restrittive di alcune fondamentali garanzie procedurali tutt’altro che trascurabili. Il diritto alla protezione, nelle sue varie forme sancite dalla normativa soprattutto di derivazione esterna, ha profondamente proceduralizzato il sistema. Attraverso l’accesso all’accoglienza lo Stato limita il suo potere di esclusione dello straniero. La definizione dell’esistenza di un diritto che riduce tale prerogativa non è in discussione ma lo sono spesso il *quantum* e soprattutto il *quomodo*. Quanto e come tale potere possa essere ridotto sono i fulcri della questione attorno ai quali ruota il diritto di asilo. Quest’ultimo si trasforma anche in un diritto procedurale, consistente nel diritto all’ammissione temporanea e all’esame della domanda di protezione attraverso una procedura che deve essere effettiva e individuale. Prima ancora del *quantum*, nel caso dei soggetti richiedenti protezione, è dunque il *quomodo* a rivestire un ruolo centrale e il rispetto delle procedure, in alcuni casi totalmente assenti, diventa il primo passo fondamentale per il corretto, seppur difficile, bilanciamento tra esigenze individuali, quelle dello Stato di accoglienza e quelle dello Stato di rimessione.

Il diritto di asilo e il potere di escludere sono dunque da valutare e applicare in merito soprattutto al *quomodo* che si concretizza nel rispetto di precise regole procedurali di esame delle domande di protezione e nell’adozione di individuali provvedimenti motivati di esclusione, sempre e comunque nel rispetto del divieto assoluto di tortura che è “la stella polare” attorno alla quale ruota la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tale settore, almeno fino ad oggi. Respingere vite in alto mare, in modo collettivo, è la violazione di questo divieto e proprio in tali termini si è espressa la Corte europea dei diritti umani nel 2012 nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. La sentenza *Hirsi* ha dettato precisi limiti al potere dello Stato di respingere, anche nei complicati casi di flussi di massa, ed è stata confermata dalla decisione *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* nel 2014¹⁸. L’accertamento delle singole situazioni individuali per poter accedere alla protezione è fondamentale anche se le notizie di cronaca, ancora oggi, ci dicono talvolta il contrario¹⁹. Accertare, valutare le prove, emanare provvedimenti motivati individuali

16 La mancanza di una legge organica è la conseguenza non solo di un ritardo nella disciplina del fenomeno migratorio in generale in Italia, ma anche di una difficoltà di raccogliere consensi politici su tale tema. La disposizione costituzionale è stata emanata in anni in cui il problema era soprattutto l’emigrazione degli Italiani all’estero e non l’immigrazione. Rispetto a altri Paesi europei l’Italia ha disciplinato in ritardo in materia dato anche da una non paragonabile storia coloniale. La questione immigratoria è stata inoltre assimilata più a un problema di ordine pubblico e sicurezza nazionale, la competenza è infatti del Ministero dell’Interno e non del Welfare.

17 La relazione tra *primauté* (europea) e controlimiti (nazionali) è rimasta uno dei nervi scoperti della costruzione dell’Unione. Si veda M. Cartabia, J. Weiler, *L’Italia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 91 ss. Sulla *primauté* costituzionale, cioè sulle norme nazionali di rango costituzionale delle norme europee è stata espressa qualche perplessità in dottrina, B. De Witte, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order*, in *The Evolution of EU Law*, P. Craig, J. De Burca (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 196 ss.; A. D’Aloia, *Europa e diritti. Luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2014, 1, pp. 1 ss; V. Manes, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione del sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 41; G. Riccardi, *Patti chiari, amicizia lunga*. La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, pp. 1 ss; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, www.giurcost.org, 2017, 1; A. Bernardi, C. Cupelli, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017. Si veda anche G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto Pubblico*, 2017, 1, p. 235, secondo il quale “la *supremacy* usata dalla Corte costituzionale non chiama in causa una logica di sovra - o sottordinazione, ma piuttosto misura l’occasionale ritirarsi dell’ordinamento dell’UE rispetto all’immissione di regole che si pongano in contrasto con principi di primario rilievo costituzionale”.

18 Con la sentenza *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* del 21 ottobre 2014 la Corte Edu ha condannato l’Italia per le riammissioni di massa di migranti provenienti dalla Grecia e sbarcati nei porti italiani. Tali riammissioni erano avvenute sulla base di un accordo Italia - Grecia del 1999 e le identità dei ricorrenti non erano state verificate individualmente prima del loro rimpatrio in Grecia.

19 ASGI, *L’Italia è responsabile dell’azione libica nel Mediterraneo*, 2017, reperibile in www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-soccorsi-migranti/.

e impugnabili dinanzi a un giudice sono passi imprescindibili per l'attuazione del diritto di asilo, anche e soprattutto nei casi di alcuni gruppi di richiedenti asilo come quelli in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genera (SOGI).

La procedura diventa sempre più "sorella dei diritti", strumento di attuazione e tutela dei medesimi. Come già accennato alle questioni strettamente giuridiche, nel caso del diritto di asilo, si sono inevitabilmente affiancate problematiche "politiche". L'asilo diventa così, nel suo contenuto minimo il bilanciamento tra diritti di accesso al territorio, limitazione della sovranità dello Stato di accoglienza e obblighi di riammissione da parte degli Stati che hanno causato l'esodo. Interessanti sono le affermazioni di autorevole dottrina che vede nell'esigenza di ragionare intorno a tutti gli interessi coinvolti in tale dinamica la possibilità di una tutela migliore per gli stranieri che ne hanno bisogno e che eviterebbe pericolosi cortocircuiti. Il rischio è quello di produrre indesiderati effetti xenofobi o apertamente razzisti talora indotti (benché certamente non giustificati) come fenomeni di reazione rispetto a impostazioni troppo radicali che affermano la prevalenza dei diritti fondamentali rispetto ad altri valori tutelati dall'ordinamento internazionale²⁰.

3. Il futuro "incerto" dell'asilo costituzionale

Gli interrogativi sulla utilità di mantenere una disposizione costituzionale eccessivamente lata, mai attuata legislativamente e quasi mai applicata nella sua pienezza, emerge soprattutto alla luce di un sistema sempre più complesso, articolato e integrato. Si assiste, in materia di asilo, a un processo di osmosi²¹ dei materiali normativi che configura continuamente la struttura della disciplina in oggetto. La primazia del diritto dell'Unione²² e del relativo regime giuridico dell'asilo e della protezione internazionale rischia di rappresentare, a parere di chi scrive, il *requiem* definitivo di una disposizione privata di possibilità applicative diverse da quelle imposte dalle fonti normative esterne. Alcuni filoni dottrinali sostengono che l'attuazione dell'articolo 10, comma 3, della Costituzione sia ormai avvenuta grazie al recepimento della normativa internazionale (*status* di rifugiato) ed europea²³. Altri orientamenti tendono invece a mantenere ancora distinta la disciplina dell'asilo *ex* articolo 10, comma 3, della Costituzione da quella più generale sul trattamento degli stranieri *ex* articolo 10, comma 2, Cost. e, soprattutto, sullo *status* di rifugiato, e affermano l'esistenza di uno spazio applicativo per l'asilo costituzionale²⁴.

Sicuramente l'articolo 10, comma 3, della Costituzione ha contenuti più ampi e diversi rispetto al regime dello *status* di rifugiato e quello della protezione sussidiaria. L'asilo costituzionale ha "ambizioni" maggiori rispetto alla protezione internazionale, legata più a esigenze emergenziali che a politiche di inclusione sociale. Il dettato costituzionale si richiama al principio democratico e non a quello della persecuzione presente invece nel livello internazionale ripreso da quello europeo. Il diritto di asilo nella

20 F. Munari, *Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione Europea e rapporti bilaterali dell'Italia*, in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo, Le regole per la costruzione di una società integrata*, Atti del XIV Convegno della SIDI svoltosi a Bari, 2009, Napoli, 2010, p. 278.

21 E. Zaniboni, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, in *Europa e Mediterraneo*, *ivi*, p. 218.

22 Corte di giustizia Ue, sentenza del 15 luglio 1964, *Costa/ENEL*; 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Tanja Kreil vs Germany*. In quest'ultima sentenza si è affermato che la direttiva 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, la formazione e la promozione professionali e le condizioni di lavoro, osta all'applicazione di disposizioni nazionali, come quella dell'art. 12 della Costituzione tedesca, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi e che ne autorizzano l'accesso soltanto ai servizi di sanità e alle formazioni di musica militare. Per una disamina si rinvia a A. Celotto, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2008, 8, p. 113: "Il diritto comunitario, in sé, tende al ravvicinamento e all'unificazione dei diritti nazionali, per cui non può ammettere che esistano norme nazionali in grado di resistere alla *primauté*, altrimenti l'esigenza di uniformità verrebbe a configurarsi come una forma di formaggio *gruyère* (o *emmenthal*), con ciascuno Stato capace di porre buchi alla compattezza della pasta di formaggio!"; Id., *Dalla 'non applicazione' alla 'disapplicazione' del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, pp. 341 ss.; T. Groppi., *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *ASTRID – Rassegna*, 13, 2005; A. Celotto, T. Groppi, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2004, p. 1345.

23 C. Favilli, *La protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Ead. (a cura di), Milano, 2011, p. 143. Posizione contraria è espressa da P. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2010, pp. 39 ss.

24 Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit.

Costituzione ha ad oggetto solo il rapporto fra Stato e Stato o fra persone e Stato e non la persecuzione²⁵. La mancata approvazione di una legge organica in materia, l'indebolimento giurisprudenziale del diritto in esame e l'afflusso imponente delle fonti straordinarie hanno di fatto depotenziato e disciplinato fuori dalla originaria previsione costituzionale, un diritto che dovrebbe essere soprattutto di inclusione nel sistema democratico ma che di fatto, e di diritto, non è. La discrasia tra quello che dovrebbe essere l'asilo (*ex* articolo 10, comma 3, Cost), quello che è, e soprattutto, quello che sarà, è tale da negare una valenza piena a una disposizione mai pienamente applicata nelle sue importanti potenzialità.

Già nel sistema europeo la disciplina dell'asilo è accomunata a quella dell'immigrazione, e ciò è causa di debolezza del sistema di protezione considerata la connessione con le problematiche relative alla sicurezza e alla protezione delle frontiere.

L'originario *favor* costituzionale per i richiedenti asilo, ai quali era stata dedicata una disposizione *ad hoc* rispetto agli stranieri in generale, non ha avuto i riscontri normativi, giurisprudenziali e applicativi degni di un'attuazione costituzionale piena. L'Europa ha rappresentato la possibilità di un'applicazione parziale di un dettato costituzionale inattuato, e sempre l'Europa sarà la causa delle ulteriori prospettive di attuazione e di riforma di cui si discute. L'Unione è stata un'opportunità ma anche la fine di un autonomo diritto costituzionale che è ormai incardinato in un sistema strutturato e ampio dove la stessa sovranità statale risulta ridotta. Solo il "fallimento" dell'Unione europea darebbe un senso a una disposizione che comunque l'Europa ha contribuito a "riempire" di significato ma anche a delimitarne la portata²⁶.

Non sembra oggi configurabile alcuna sopravvivenza, giuridica e politica, dell'asilo costituzionale²⁷ quale diritto soggettivo perfetto così come scritto nel testo costituzionale, sempre più confinato nei dibattiti dottrinali e confuso con gli istituti del rifugio, della protezione sussidiaria, della protezione umanitaria e temporanea che non sono l'asilo delineato dalla Costituzione. L'asilo costituzionale sembra aver esaurito le sue possibilità applicative ancora prima di poter esprimere la sua effettiva potenzialità, appiattito sulla base di istituti differenti che ne costituiscono però solo una componente e un'applicazione parziale.

Secondo la Cassazione però si è ormai delineato un sistema pluralistico delle misure di protezione internazionale. La protezione sussidiaria, assieme alla misura residuale atipica del permesso umanitario, sono fondate su requisiti che prescindono dalla *vis persecutoria*. Tale estensione è stata dettata proprio dall'esigenza d'includere nel sistema della protezione internazionale situazioni di pericolo di danno grave per l'incolumità personale o altre rilevanti violazioni dei diritti umani delle persone, non riconducibili al modello persecutorio individuale del rifugio, perché generate da situazioni endemiche di conflitto e violenza interna. La differenza tra i vari statuti è data proprio dal riconoscimento o dall'esclusione della *vis persecutoria*.

In base a un ormai consolidato orientamento del Supremo Collegio l'asilo costituzionale può dirsi attuato mediante il sistema pluralistico delle misure di protezione internazionale presenti nel nostro ordinamento: rifugio politico, protezione sussidiaria e dalla protezione umanitaria²⁸.

La protezione umanitaria, disciplinata solo a livello interno, costituisce per la giurisprudenza una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale (articolo 10, comma 3, Cost.), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento. Il permesso umanitario, che costituisce come già evidenziato, una forma atipica di protezione, ha una funzione residuale, di chiusura del sistema e completa l'attuazione dell'articolo 10, comma 3, della Costituzione. I "seri motivi" per l'attribuzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari costituiscono un catalogo aperto, finalizzato a tutelare situazioni di vulnerabilità attuali oppure conseguenti al rimpatrio dello straniero²⁹ che sono individuabili caso per caso e che non sono codificate nella normativa internazionale ed europea.

25 E. Cavasino, *Il diritto di asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, Cedam, 2011.

26 Si veda d.lgs. 251/2007 (attuazione della Direttiva 2004/83/CE, successivamente rifiuta nella Direttiva 2011/95/UE), dal d.lgs. 25/2008 (attuazione della Direttiva 2005/85/CE, rifiuta nella Direttiva 2013/32/UE), dal d.lgs. 142/2015 e dal d.p.r. 21/2015. Il d.lgs. n. 18/2014 è intervenuto infatti a modificare molte disposizioni del d.lgs. n. 251/2007 e l'art. 29 del T.U. delle leggi sull'immigrazione

27 F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, p. 238.

28 Corte di cassazione, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

29 P. Morozzo Della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione giustizia*, 2018, 1, p. 108 ss.

In altre parole, l'asilo sembra rimanere destinato a vivere come principio di teoria generale, non come istituto concretamente operante³⁰ se non nelle ipotesi in cui diventa attuazione di legislazioni internazionali o sovranazionali e le residue figure interne di protezione umanitaria.

Le implicazioni di questo quadro frammentato si evidenziano anche con riferimento alla questione delle richieste di protezione fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, come vedremo nel prossimo paragrafo, sia da un punto di vista sostanziale che procedimentale/processuale, con particolare riferimento al ruolo della formazione e valutazione della prova della persecuzione o dello stato di pericolo, legato anche, alla prova dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere.

4. Lo status degli stranieri in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere

Il diritto di asilo per le persone omosessuali e transessuali trova sicuramente un primo fondamento nella Costituzione repubblicana che può essere ricompreso all'interno dell'ampia previsione dell'articolo 10, comma 3³¹. La libertà di orientamento sessuale è sicuramente una libertà democratica³² che nel nostro sistema trova una sua tutela a vari livelli³³, anche in termini di diritto all'unità familiare³⁴. Merita a tal fine di essere ricordata la decisione della Corte costituzionale, seppure in una sentenza di rigetto riguardante l'esclusione dal matrimonio delle coppie *same sex*, che non ha escluso l'orientamento sessuale dall'ambito di operatività dell'articolo 3 Cost.³⁵

La prova dell'orientamento sessuale del richiedente protezione esprime il presupposto per il riconoscimento di uno specifico contenuto di garanzia corrispondente alla libertà di orientamento sessuale nelle forme costituzionali stabilite per lo straniero dall'articolo 10, comma 3, Cost., recepite e sviluppate anche e soprattutto dalla normativa in materia di protezione internazionale dove in concreto trova la tutela in termini legislativamente sanciti³⁶. Tali tutele realizzano, inoltre, un'applicazione del principio

30 Sull'attualità ed effettività dell'asilo costituzionale si rinvia a P. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, *ivi*, pp. 36 ss. L'Autore si esprime anche su una possibile efficacia "extraterritoriale" dell'asilo costituzionale.

31 D. Ferrari (diretto da), *Codice commentato su "Diritto, Orientamento sessuale e identità di genere" contributi su status dello straniero e discriminazione per orientamento sessuale*, Padova, Primiceri editore, 2016, p. 428.

32 La libertà sessuale è stata definita dalla Corte costituzionale come un fondamentale aspetto del valore della persona, che si colloca "tra i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost.". Infatti, "essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto". Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1987, n. 561, punto 2 del *Considerato in diritto*.

33 La dottrina ha osservato che "il divieto di discriminazioni per motivi di sesso si riflette anche sulla posizione dei transessuali e degli omosessuali (...)", così A. Celotto, *Art. 3, 1° Co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 74 ss., P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 167 ss.

34 Sul tema delle unioni omosessuali e il diritto all'unità familiare si veda M. Bonini Baraldi, *Convivente di fatto e permesso di soggiorno per motivi familiari: fenomenologia di una discriminazione*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2009, p. 79; M. Condinanzi, C. Amalfitano, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 399-432; R. Conti, *Convergenze (inconsapevoli o naturali) dei giudici (costituzionali e comuni) nazionali con la Corte dei diritti umani e contaminazioni delle Carte (nazionali e sovranazionali) dei diritti umani: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Roma, 2012, p. 369; C. Danisi, *Il diritto al rispetto per la vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, in *Articolo 29*, www.articolo29.com, 2015.

35 La Corte costituzionale, pur giudicando ragionevole l'esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio, ha qualificato "l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia" destinataria dei diritti inviolabili ai sensi garantiti dall'art. 2 Cost.". Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, punto 8 del *Considerato in diritto*.

36 *Direttiva 2011/95/UE del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*, in *GUUE*, L 337 del 20 dicembre 2011. Il trentesimo considerando afferma espressamente che è necessario introdurre una definizione comune del motivo di persecuzione costituito dall'"appartenenza a un determinato gruppo sociale". Per la definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere debito conto, degli aspetti connessi al sesso del richiedente, tra cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano ad esempio le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono correlati al timore fondato del richiedente di subire persecuzioni.

di eguaglianza sostanziale quando l'omosessualità impedisce nell'ordinamento di provenienza il libero sviluppo della personalità³⁷.

In merito alla libertà di realizzare l'identità di genere anch'essa rappresenta nell'ordinamento italiano una libertà democratica riconducibile nell'alveo normativo dell'articolo 10, comma 3, Cost.. La Corte costituzionale, infatti, pronunciandosi sulla legittimità della legge n. 164/1982³⁸, in materia di ri-attribuzione di sesso, ha affermato che il valore assegnato alla persona dall'articolo 2 della Costituzione identifica tra i contenuti di tutela protetti anche il diritto all'identità sessuale. Il cambio di sesso permette, infatti, alla persona di conquistare uno stato di equilibrio psico-fisico³⁹. Il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosexualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica. La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico⁴⁰.

La garanzia della libertà di orientamento sessuale dello straniero è stata tutelata, a livello giurisprudenziale, attraverso il riconoscimento soprattutto dello *status* di rifugiato, ritenuto assorbente rispetto alla protezione sussidiaria, anche se non sono mancate sentenze ove si è ricorsi a tale tipologia di protezione⁴¹. In alcuni casi si è riconosciuto il permesso di soggiorno per motivi umanitari soprattutto nei casi in cui la prova dell'orientamento sessuale di appartenenza è stato considerato insufficiente e generico⁴². In pratica, dall'esame della giurisprudenza, emerge una configurabilità delle tre ipotesi di protezione disciplinate: il rifugio, la protezione sussidiaria e quella umanitaria, variamente riconosciute a seconda del livello di pericolo (individuale o collettivo) e soprattutto della prova soggettiva dell'orientamento.

La tendenza giurisprudenziale maggioritaria che riconosce lo *status* di rifugiato, trova riscontri anche e soprattutto nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue⁴³, e deve essere valutata positivamente, in quanto il rifugio permette una tutela più ampia dello straniero coincidente con il rilascio di un titolo di soggiorno di maggiore durata.

Circa l'indagine sulle condizioni dello Stato del richiedente, anche la giurisprudenza di merito richiama frequentemente i rapporti internazionali che assurgono a prova documentale della situazione

37 Il sesso è stata inteso, nell'applicazione del principio di eguaglianza, non solo con il classico riferimento al genere biologico, ma anche all'orientamento sessuale.

38 La recente sentenza della Corte costituzionale, 13 luglio 2017, n. 180 a tal proposito ha affermato che l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. La Corte costituzionale ha dichiarato in tale sede infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164/1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), ribadendo che per ottenere la rettificazione non sia obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari e precisando la necessità di un accertamento rigoroso tanto della serietà e univocità dell'intento, quanto dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere. Si rinvia anche alla decisione della Corte costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, in cui è stato riconosciuto il diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della Cedu).

39 La casistica giurisprudenziale riguarda soprattutto l'orientamento sessuale, essendo quella più numerosa.

40 Corte costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015, n. 221.

41 Corte di cassazione, VI sezione civile, ordinanza del 22 dicembre 2016, n. 26884; Tribunale di Genova, ordinanza del 16 settembre 2016; Tribunale di Venezia, ordinanza del 24 febbraio 2016.

42 Corte di cassazione, VI sezione civile, sentenza del 4 agosto 2016, n. 16361. Si veda anche Tribunale di Bologna, sentenza del 26 ottobre 2015.

43 Dalla elaborazione giurisprudenziale riportate delle due Corti europee emergono sensibilità decisamente differenti. Lascia perplessi il fatto che mentre la Corte di giustizia Ue argomenti fermamente a favore dei richiedenti asilo LGBTI, disponendo il divieto di espulsione nel caso di rischio di torture e trattamenti disumani e degradanti legati all'orientamento sessuale (vedi le sentenze di seguito riportate del 7 novembre 2013 e del 2 dicembre 2014), e la Corte Edu, istituita precisamente per tutelare, salvaguardare e favorire la crescita progressiva dei diritti fondamentali istituiti dalla Convenzione, preferisca un mero approccio procedurale, che non porta alla dichiarazione di principi di merito in materia (es. *M.E. c. Svezia*, Corte Edu, Grande Camera, n. 71398/12, 8 aprile 2015).

di pericolo⁴⁴ nello Stato di provenienza, oltre che le disposizioni interne in materia di criminalizzazione dell'omosessualità⁴⁵.

Passando a una disamina degli orientamenti giurisprudenziali sul tema non si può non accennare al ruolo svolto dalle decisioni della Corte di giustizia Ue⁴⁶, spesso recepite e sviluppate a livello interno sia dalla Corte di legittimità che da quelle di merito di seguito riportate.

Secondo la Corte di giustizia Ue⁴⁷, se uno Stato Terzo ha una legislazione penale volta a sanzionare in modo specifico le persone omosessuali è possibile affermare che tali persone siano classificabili come "gruppo sociale" ai sensi della direttiva 2004/83. La sola previsione legislativa non può essere considerata come di particolare gravità idonea a configurare un atto persecutorio nei confronti di un gruppo ma l'applicazione effettiva della pena detentiva deve essere considerata come una sanzione sproporzionata o discriminatoria ed è, quindi, un atto di persecuzione, idoneo a giustificare la concessione della protezione internazionale⁴⁸. Nella valutazione della domanda per l'ottenimento dello *status* di rifugiato, le autorità nazionali non possono chiedere al richiedente di nascondere la propria omosessualità nel Paese di origine per evitare gli atti persecutori. Tale decisione, che è stata recepita in diverse successive sentenze interne pone dunque l'accento sull'appartenenza a un particolare "gruppo sociale" dei soggetti aventi diversi orientamenti sessuali e sulla disciplina criminale, nello Stato di origine, dell'omosessualità.

La Suprema Corte di cassazione ha garantito una lettura che offre una maggiore tutela ai richiedenti asilo in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. In base all'*ordinanza del 20 settembre*

2012, n. 15981, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, la previsione come reato di atti sessuali tra persone dello stesso sesso (nella specie: articolo 319 del codice penale del Senegal) costituisce una condizione generale di privazione del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria vita sessuale ed affettiva ed una violazione di un diritto fondamentale, sancito dalla nostra Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti umani e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Questa violazione rappresenta una situazione di oggettiva persecuzione per orientamento sessuale tale da giustificare la concessione della protezione richiesta, e devono, pertanto, essere acquisite le prove, necessarie al fine di acclarare la circostanza della omosessualità del richiedente, la condizione dei cittadini omosessuali nella società del Paese di provenienza e lo stato della relativa legislazione, nel rispetto del criterio direttivo della normativa dell'Unione e italiana in materia di istruzione ed esame delle domande di protezione internazionale.

Tale inquadramento è stato confermato anche in successive decisioni⁴⁹ che sottolineano l'importanza del ruolo della prova nel procedimento e nel processo in materia di riconoscimento della protezione soprattutto in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.

44 Tribunale di Bologna, sentenza del 26 ottobre 2015, ove, per documentare la situazione del Mali e del Burkina Faso si citano i rapporti di *Amnesty International*, dell'UNHCR e del *Security Council* delle Nazioni Unite.

45 Corte di Appello di Bari, sentenza del 5 marzo 2013, n. 299.

46 A livello di Unione europea, l'art. 13 TCE (oggi 19 TFUE) attribuisce competenze all'UE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE rappresenta la prima carta internazionale in materia di diritti dell'uomo in cui figura esplicitamente il termine "orientamento sessuale". Sul tema della tutela dei diritti umani e la non discriminazione per orientamento sessuale si rinvia a C. Danisi, *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

47 Corte di giustizia Ue, X, Y, Z, cit.

48 Secondo il report annuale dell'*International Lesbian, Gay, Bisexual and Trans and Intersex Association* (ILGA), nel mondo sono almeno 75 gli Stati che criminalizzano l'omosessualità. Di questi 13 Paesi, tra cui Mauritania, Arabia Saudita e Yemen, è prevista la pena di morte. In 14 Stati essere gay può essere causa di applicazione dell'ergastolo e in altre nazioni a una pena fino a 15 anni di prigione, come in Angola, Kenya e Marocco. Per approfondimenti si rinvia a C. Torrisi, *Il doppio stigma dei richiedenti asilo LGBT*, reperibile in <http://openmigration.org>.

49 Corte di cassazione, VI sezione civile, sentenza del 5 marzo 2015, n. 4522, secondo cui "la domanda di protezione internazionale dovrà essere eventualmente esaminata secondo il principio affermato nella giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. sezione VI-1 n. 15981 del 20 settembre 2012) secondo cui, ai fini della concessione della protezione internazionale, la circostanza per cui l'omosessualità sia considerata un reato dall'ordinamento giuridico del Paese di provenienza è rilevante, costituendo una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali, che compromette grandemente la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di persecuzione, tale da giustificare la concessione della protezione richiesta". Si veda anche Corte di cassazione, sesta sezione civile, ordinanza del 19 aprile 2017, n. 9946.

4.1. L'onere della prova

Gli arresti giurisprudenziali più interessanti, a parere di chi scrive, riguardano soprattutto quelli in tema di onere della prova dell'orientamento sessuale e ciò soprattutto alla luce della riforma Minniti, di cui si parlerà in seguito.

Di recente la Corte di giustizia Ue ha riaffermato un principio importante, già brevemente anticipato in precedenza, in materia di esame della domanda di protezione. La Corte europea con sentenza 25 gennaio 2018 ha affermato che la direttiva sulle condizioni per l'attribuzione dello *status* di rifugiato⁵⁰ consente alle autorità nazionali di disporre una perizia nell'ambito dell'esame di una domanda di asilo al fine di meglio stabilire le reali esigenze di protezione internazionale del richiedente. Tuttavia, le modalità di un eventuale ricorso a una perizia devono essere conformi ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quali il diritto al rispetto della dignità umana e il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In sede di valutazione delle dichiarazioni di un richiedente asilo, relative al suo orientamento sessuale, alcune forme di perizia, se si rivelano utili per l'esame dei fatti e delle circostanze esposti nella domanda, si possono utilizzare, ma senza compromettere i diritti fondamentali del richiedente. Al riguardo, la Corte sottolinea, tuttavia, che, nell'ambito della valutazione delle dichiarazioni di un richiedente inerenti al proprio orientamento sessuale, le autorità e i giudici nazionali non possono fondare la propria decisione solo sulle conclusioni di una relazione peritale e non devono essere vincolati da tali conclusioni.

Pertanto, la Corte constata che l'impatto di una perizia psicologica sulla vita privata è sproporzionato rispetto all'obiettivo menzionato essendo detta ingerenza particolarmente grave, in quanto è volta a mettere in luce gli aspetti più intimi della vita del richiedente.

La Corte rileva altresì che, la realizzazione di una perizia psicologica volta a determinare l'orientamento sessuale di un richiedente asilo, non è indispensabile per valutare l'attendibilità della dichiarazioni del richiedente relative al suo orientamento sessuale. Al riguardo, la Corte sottolinea che, in forza della direttiva, in una situazione in cui l'orientamento sessuale del richiedente non è suffragato da prove documentali, le autorità nazionali, che devono disporre di personale competente, possono basarsi, tra l'altro, sulla coerenza e plausibilità delle dichiarazioni della persona interessata. In tali circostanze, la Corte conclude che il ricorso a una perizia psicologica volta ad accertare l'effettivo orientamento sessuale di un richiedente asilo non è conforme alla direttiva, letta alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Tale orientamento era già stato espresso in un precedente arresto⁵¹ in cui il rispetto della proporzionalità dei mezzi di indagine da utilizzare sono stati indicati quale elemento imprescindibile di valutazione da parte dell'autorità accertante e "sotto il controllo del giudice". La perizia psicologica può costituire un'ingerenza nel diritto della persona al rispetto della sua vita privata e le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà devono essere previsti dalla legge e rispettare i contenuti essenziali del diritto medesimo:

Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni all'esercizio di tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione europea o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

56. Relativamente, in particolare, alla proporzionalità dell'ingerenza constatata, va rammentato che il principio di proporzionalità, richiede, secondo una costante giurisprudenza della Corte, che gli atti adottati non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che gli inconvenienti causati dalla stessa non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti [...].

57. In questo contesto, se un'ingerenza nella vita privata di un richiedente può essere giustificata dalla ricerca di elementi che consentano di valutarne le reali esigenze di protezione internazionale, spetta all'autorità accertante di valutare, sotto il controllo del giudice, il carattere appropriato e necessario alla realizzazione di tale obiettivo di una perizia psicologica che essa intende ordinare o di cui desidera tenere conto.

Nelle controversie attinenti al riconoscimento dello *status* di rifugiato deve ritenersi in via generale attenuato l'onere probatorio incombente sul richiedente così come esplicitato dall'articolo 3, comma 5 d.lgs. 251/07. Ciò non significa un totale esonero dalla prova ma la necessità di una cooperazione attiva anche da parte di chi deve procedere all'accertamento e alla valutazione. Secondo l'insegnamento della Cassazione:

50 Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *ivi*.

51 Corte di giustizia Ue, sentenza del 2 dicembre 2014, C-148/13 a C-150/13, *A e a.*, punto 53.

L'onere probatorio, deve dunque essere assolto seppur in via indiziaria tenendo conto delle difficoltà connesse a volte ad un allontanamento forzato e segreto, ma comunque a mezzo elementi aventi carattere di precisione, gravità e concordanza, desumibili dai dati, anche documentali, offerti al bagaglio probatorio [...]. Il fatto che tale onere debba intendersi in senso attenuato non incide sulla necessità della sussistenza sia della persecuzione sia del suo carattere personale e diretto per le ragioni rappresentate a sostegno della sua rivendicazione (cfr. Cass. n. 26278/05), e soprattutto non pone a carico dell'amministrazione alcuno speculare onere né di concedere il beneficio del dubbio, né di smentire con argomenti contrari le ragioni addotte dall'istante⁵².

Gli orientamenti espressi dalla Corte di legittimità in merito alla prova dell'orientamento sessuale non sono però sempre uniformi. In alcune decisioni la Corte di cassazione ha manifestato posizioni più aderenti agli orientamenti europei affermando che, nella valutazione di una domanda di protezione internazionale, deve essere presa in considerazione l'omosessualità del richiedente anche se questa sia stata prospettata tardivamente per ragioni di ordine psicologico e morale. L'autorità amministrativa ed il giudice devono infatti svolgere un ruolo attivo, di cooperazione, nell'istruzione della domanda, potendo assumere informazioni ed acquisire la documentazione necessaria. L'onere della prova a carico del richiedente è dunque un onere attenuato come già sottolineato⁵³. Il giudice di merito non può basarsi solo sulla credibilità del richiedente, ma ha un dovere di cooperazione che gli impone di esercitare i propri poteri istruttori, anche per assumere informazioni sul Paese d'origine⁵⁴. La valutazione della coerenza dei racconti deve avvenire valutando complessivamente la situazione in cui versa anche emotivamente il richiedente, alla luce della situazione in cui si trova lo Stato di provenienza e i livelli di persecuzione per motivi legati all'orientamento sessuale⁵⁵.

In altri casi la Corte di cassazione ha invece negato il riconoscimento della protezione internazionale per insufficienza delle prove fornite⁵⁶. Ad avviso del Supremo collegio, in questi arresti, per ottenere la protezione internazionale sulla base del proprio orientamento sessuale, il richiedente non può limitarsi ad un resoconto generico e stereotipato, che impedisce al giudice di esercitare i propri poteri istruttori d'ufficio.

In alcuni casi la Corte di legittimità ha invece escluso l'obbligo, per il giudice, dell'audizione del richiedente affermando che non si tratta di un fatto costitutivo del diritto trattandosi invece di un atto istruttorio che i giudici possono ritenere di non assumere, esercitando una discrezionalità che la legge riconosce al giudice di merito e che non può essere sindacata in sede di legittimità⁵⁷.

La giurisprudenza di merito è apparsa in alcune circostanze particolarmente attenta e generosa nell'esame delle situazioni concrete in cui il richiedente si trova, arrivando ad affermare la sussistenza del diritto alla protezione anche in casi in cui non sussiste realmente un determinato orientamento sessuale criminalizzato, ma le circostanze concrete sono tali da farlo ritenere tale dalla sua comunità di appartenenza, dalla Polizia e dalla sua famiglia di origine⁵⁸. In tal modo si allarga il livello di tutela poiché non solo l'effettiva appartenenza ma anche quella presunta, può essere causa di rischio in caso di rientro, è motivo, dunque, per il riconoscimento della protezione. Questa posizione di "favore" sembra essere messa a rischio per le ripercussioni della riforma introdotta nel 2017 proprio in termini di formazione della prova in ambito processuale, come si illustrerà nel paragrafo seguente.

52 Corte di cassazione, sentenza n. 18353/2006.

53 Orientamento confermato anche dalla giurisprudenza di merito. Si veda Tribunale di Firenze, prima sezione civile, sentenza del 3 marzo 2017.

54 Corte di cassazione, quarta sezione civile, sentenza del 5 marzo 2015, n. 4522. Si veda anche Corte di cassazione, sesta sezione civile, ordinanza del 21 novembre 2017, n. 27690; Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455. In base a quest'ultima decisione incombe sul giudice il dovere di cooperazione istruttoria officiosa, così come previsto dal d.lgs. n. 25 del 2008, art. 8 in ordine all'accertamento della situazione oggettiva relativa al paese di origine anche in ordine alla verifica delle condizioni per il riconoscimento della protezione umanitaria. Tale dovere è di difficile da attuare se la prova si forma fuori dalla sede giudiziaria.

55 Tribunale di Firenze, prima sezione civile, sentenza del 3 marzo 2017.

56 Corte di cassazione, sesta sezione civile, sentenza del 4 agosto 2016, n. 16361.

57 Corte di cassazione, sesta sezione civile, ordinanza del 3 settembre 2014, n. 18633.

58 Tribunale di Genova, ordinanza del 13 maggio 2016.

5. La riforma Minniti: formazione della prova e abolizione dell'appello

Con il d.l. n. 13/2017, conv. con modifiche in l. n. 46/2017⁵⁹ recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale sono state apportate una serie di importanti modifiche al sistema soprattutto a livello processuale. Sulla scia della "paura" per il numero di sbarchi, oltre ai già citati accordi con la Libia, sono state introdotte una serie di misure volte a rendere più snelle e veloci le procedure riducendo, al contempo, le garanzie.

Brevemente si illustrano i principali aspetti, molto criticati dalla dottrina⁵⁹ e non solo, la cui contrarietà è stata manifestata in fase di conversione del Decreto Legge, conversione per la quale è stato richiesto il voto di fiducia⁶⁰. Una materia così delicata, che attende da anni una regolamentazione organica meritava forse l'assenza di una decretazione d'urgenza e il voto di fiducia. Sulla scia delle emergenze però spesso si sacrificano le più importanti necessità della discussione democratica.

Al di là dell'istituzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, che comunque riguarda solo alcune competenze senza un riordino complessivo della competenza giurisdizionale sulla materia, le modifiche apportate dalla legge 46/2017 sono caratterizzate dall'introduzione del rito camerale, da un contraddittorio tendenzialmente scritto in cui l'udienza di comparizione dovrebbe essere residuale e dall'abolizione del secondo grado di merito⁶¹. Tali novelle hanno il preciso scopo di velocizzare la procedura a discapito delle garanzie⁶² e in tale ambito si colloca la nuova disciplina della videoregistrazione con mezzi audiovisivi del colloquio personale innanzi alle Commissioni nonché sulla trascrizione in lingua italiana con l'ausilio di mezzi automatici di riconoscimento vocale. La videoregistrazione riveste, quale elemento di prova da utilizzare in sede giudiziale, uno strumento fondamentale. Il verbale di trascrizione, insieme alla videoregistrazione, sono infatti resi disponibili all'autorità giudiziaria e sostituirebbero la necessità di un contraddittorio e un'audizione, se non in casi particolari. Come recentemente affermato dalla Cassazione, in caso di mancanza della videoregistrazione, l'audizione del richiedente è obbligatoria pena la nullità della decisione del Tribunale⁶³ e ciò a conferma della centralità di tale strumento di prova formato fuori dal processo.

Sicuramente gli elementi relativi alla formazione della prova e l'eliminazione di un grado di giudizio sono gli aspetti più delicati e gravi in un diritto, quello alla protezione, così fortemente proceduralizzato. Con il nuovo articolo 35 *bis*, d.lgs. 25/2008, introdotto dall'articolo 6, L. 46/17, si prevede il rito camerale ex articoli 737 ss. c.p.c. Il procedimento è trattato in Camera di Consiglio e per la decisione il giudice si avvale anche delle C.O.I. (*Country origin information*) costantemente aggiornate dalla Commissione nazionale asilo che le deve rendere disponibili. Come evidenziato dalla dottrina si pone una non trascurabile questione relativa all'utilizzabilità, da parte del giudice, di C.O.I. estranee al dibattito processuale perché non utilizzate dalla Commissione e non note alle parti. Le informazioni aggiornate sulla situazione socio-politica-economica del Paese di origine del ricorrente sono, a tutti gli effetti, elementi di prova che non possono essere acquisti solitariamente dal giudice: debbono essere acquisti formalmente e sottoposti al contraddittorio della parti⁶⁴.

La valutazione dell'idoneità della nuova procedura non dipende comunque tanto dal rito quanto piuttosto dalle modalità concrete con cui si attua il contraddittorio e la sua "cartolarizzazione". La com-

59 Sul tema si rinvia ad alcuni contributi, molto interessanti, sul tema L. Breggia, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione giustizia*, 2018, 2; M. Flamini, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Ibid.*; A.D. De Santis, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Ibid.*

60 A. Camilli, *Il decreto Minniti - Orlando è legge*, in *Internazionale*, 14 luglio 2017.

61 Prima dell'entrata in vigore del decreto-legge in commento, l'art. 35 prevedeva che avverso la decisione della Commissione territoriale e la decisione della Commissione nazionale sulla revoca o sulla cessazione dello status di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria fosse ammesso ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e che il relativo procedimento fosse disciplinato dall'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011 che, come è noto, prevedeva l'applicazione del rito sommario di cognizione da parte del tribunale distrettuale in composizione monocratica. Per un'analisi della riforma si veda Camera dei Deputati, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e di contrasto della immigrazione illegale. Scheda di lettura*, D.L. 13/2017 – A.C. 4394, 30 marzo 2017.

62 G. Savio, *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro) riforma annunciata*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2017, 3.

63 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 27 giugno 2018, n. 17717.

64 *Ibid.*, p. 18.

parizione della parte è infatti solo eventuale e a richiesta e ciò pone dei dubbi sul rispetto del contraddittorio e sull'esplicazione piena della difesa, soprattutto in casi come quelli per richieste di protezione per rischi legati all'orientamento sessuale, ove le reticenze del condannato e la cooperazione del giudice⁶⁵ sono fondamentali come illustrato in precedenza.

Il giudice deve svolgere un accertamento sulla credibilità della narrazione del richiedente (sia pure tenendo in debito conto la sua peculiare situazione soggettiva, ivi compresa ogni situazione di vulnerabilità che può incidere sul ricordo del vissuto pregresso) alla luce delle informazioni aggiornate relative alla situazione del Paese di provenienza. Il racconto del richiedente, la sua storia personale costituiscono la prova determinante della decisione, come emerso dall'esame della giurisprudenza multilivello citata in precedenza, ma oggi può avvenire prevalentemente con la videoregistrazione dell'audizione in sede amministrativa, riversata poi nel giudizio, in sostituzione dell'audizione giudiziale⁶⁶. La trasposizione della prova fondamentale assunta nella fase amministrativa direttamente nel giudizio evidenzia la funzione in prevalenza amministrativa della procedura, mentre quella giudiziale, nella sua pienezza, è solo eventuale e ridotta, almeno per quanto riguarda la formazione della prova che avviene ormai lontano dal giudice⁶⁷. Prevedere la fase di comparizione solo come eventuale implica un salto di garanzia della procedura; sarà assente il contatto diretto determinante nella valutazione della prova e nello svolgimento di quel ruolo di cooperazione del giudice, come già sottolineato. È proprio questo aspetto della nuova procedura in prevalenza "cartolare" che stride con la natura degli interessi in gioco, la cui valutazione è destinata ad incidere sulla vita delle persone. La prova si forma lontano dal giudice, come già evidenziato, privandolo del suo ruolo fondamentale e dell'importanza di un contatto diretto tra ricorrente e giudice anche in considerazione del fatto che il potere giurisdizionale è esercitato in "nome del popolo" e con precisi obblighi di imparzialità⁶⁸. Non sono infrequenti i casi, in cui, in sede di audizione davanti al giudice, sono emerse situazioni gravissime (es. tratta a fini di sfruttamento) che non erano state evidenziate nella fase amministrativa e nemmeno nel ricorso del difensore. L'esperienza dei giudici dimostra che molte delle presunte incoerenze vengono spiegate, chiarite, smentite grazie all'audizione del richiedente⁶⁹. Spostando il luogo di formazione della prova dell'audizione, si concretizza il rischio dell'erosione delle garanzie processuali, e del diritto stesso, in nome del governo della economia sul diritto e sul processo⁷⁰.

Nonostante le opinioni dottrinali espresse in materia⁷¹ la Corte di cassazione ha recentemente dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate in sede di ricorso avverso il decreto del Tribunale di Napoli del 23 ottobre 2017⁷². Per la Suprema Corte sia la questione della trattazione della causa in rito camerale, che all'eliminazione dell'audizione diretta della parte in udienza non costituiscono una riduzione delle garanzie processuali. La Corte ha infatti affermato che il rito camerale è da sempre impiegato anche per la trattazione di controversie su diritti e *status* ed è idoneo a garantire il corretto dispiegarsi del contraddittorio, così come la soppressione dell'udienza di comparizione "potrebbe risolversi in un superfluo adempimento visto che il contraddittorio è garantito pienamente dal deposito delle difese scritte".

Sul fronte della necessità di comparazione e audizione della parte, nel caso di mancata videoregistrazione, la Cassazione, sempre nella sentenza n. 17717/2018, ha però espresso un principio importante secondo il quale

in mancanza della videoregistrazione del colloquio, il giudice deve ineluttabilmente disporre lo svolgimento dell'udienza di comparizione delle parti, configurandosi altrimenti la nullità del decreto pronunciato all'esito del ricorso per inidoneità del procedimento così adottato a realizzare lo scopo del pieno dispiegamento del già richiamato principio del contraddittorio: salvo che - ovviamente - non sia

65 M. Acierno, M. Flamini, *Il dovere di collaborazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2017, 1.

66 Savio, *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale*, cit., p. 21.

67 *Ibid.*, p. 22.

68 In effetti, la prova, per garanzia processuale e rispetto del principio di oralità, dovrebbe sempre formarsi davanti al giudice. È lui che giudica e dunque formare davanti a lui la prova ha un grande valore *super partes*. La prova formata altrove, soprattutto in un procedimento amministrativo, con ben altra ratio, è meno garantita.

69 L. Breggia, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione giustiziana*, 2018, 2, p. 198.

70 De Santis, *L'eliminazione dell'udienza*, cit., p. 206.

71 *Ibid.*, p. 198.

72 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 27 giugno 2018, n. 17717.

stato lo stesso richiedente ad aver visto accolta la propria istanza motivata di non avvalersi del supporto della videoregistrazione.

La Corte di cassazione ha dichiarato in questa decisione la centralità dell'audizione del richiedente nel caso in cui non sia stato possibile procedere in tal senso in sede di Commissione territoriale, a differenza di quanto sostenuto nel decreto del tribunale di Napoli⁷³.

L'altro profilo rilevante delle novità procedurali in commento è rappresentato dall'abolizione del giudizio di appello che determina una riduzione importante delle garanzie e un'irragionevole disparità di trattamento proprio perché prescinde dalla rilevanza del rapporto sottostante la controversia che, nel caso in esame, riguarda proprio la tutela di diritti umani fondamentali.

Nella Scheda di approfondimento del Decreto, si riportano le motivazioni alla base della riforma che comunque lasciano aperti degli interrogativi anche se vengono sostenute le ragioni dell'abolizione del grado di appello e la conformità al diritto a un ricorso effettivo, come sostenuto in alcune decisioni della Corte di giustizia Ue⁷⁴. Inoltre il doppio grado di giudizio non è previsto in molti Stati europei, soprattutto in materia di asilo, oltre a non trovare, all'interno del nostro ordinamento, una copertura costituzionale⁷⁵.

Nonostante le argomentazioni addotte a parere di chi scrive sembra che questi diritti soggettivi, in nome della celerità, siano stati sviliti e godano di minori garanzie rispetto a quelli delle altre persone pur incidendo su posizioni giuridiche fondamentali. Il diritto alla protezione è infatti strettamente connesso con il diritto alla vita e al divieto di torture e trattamenti disumani e degradanti. Non dimentichiamo che il diritto di asilo compare, non a caso, tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, e non garantire il grado di appello appare una forzatura di notevole portata⁷⁶. Le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli che fuggono da situazioni di pericolo o persecuzione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano la salvaguardia di altri diritti, soprattutto perché i primi sono strettamente connessi, spesso, anche con la tutela della vita umana e al grave rischio di torture e trattamenti disumani e degradanti. Il rischio è che si creino livelli differenziati di tutela dei diritti, con conseguenze importanti in termini di rispetto dell'uguaglianza⁷⁷. L'appello è uno strumento fondamentale per chiarire e rivedere, eventualmente anche nel merito, vicende personali, come nel caso di richiedenti protezione per ragioni connesse all'orientamento sessuale o all'identità di genere, che sono determinanti per il giudizio a garanzia anche di una corretta valutazione della prova.

73 Dello stesso avviso del giudice di Napoli era stato il Tribunale di Torino, il quale, con decreto del 28 novembre 2017 aveva dichiarato non necessaria l'audizione del ricorrente in quanto l'art. 35 *bis*, comma 11, lett. a) deve essere letto nel senso che il giudice deve fissare udienza qualora non siano disponibili "o la videoregistrazione o il verbale dell'audizione, mentre qualora siano agli atti o l'una o l'altro non troverà applicazione la disposizione" in esame, e il Collegio dovrà valutare la sussistenza delle altre ipotesi previste dall'art. 35 *bis*, commi 10 e 11. In questa stessa prospettiva si poneva anche il Tribunale di Milano con due recenti decreti del 17 gennaio 2018 e del 20 febbraio 2018. Il Tribunale di Milano, in sostanza, aveva rigettato la richiesta di fissazione dell'udienza avanzata dal difensore del ricorrente e la conseguente possibilità di audizione in quanto dai commi 10 e 11 dell'art. 35 *bis*, non potrebbe ricavarsi l'automatismo tra mancanza di videoregistrazione e necessità inderogabile di fissazione dell'udienza e tantomeno di rinnovo di audizione.

74 Corte di giustizia Ue, 28 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*.

75 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 2013, n. 190, con la quale la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 29 e 34, comma 37, d.lgs. n. 150/2011 rispetto agli artt. 3, 24, commi 1 e 2, e 111, comma 1, e 77, comma 1, cost. in quanto «la garanzia del doppio grado di giudizio non gode, di per sé, di una copertura costituzionale, sicché non appare fondato il dubbio prospettato dalle odierne ordinanze relativo a una compressione del diritto di difesa conseguente al fatto che la pronuncia emessa in primo grado dalla Corte d'appello può essere impugnata solo con il ricorso per cassazione».

76 Sui dubbi di legittimità costituzionale di questa scelta, v. A.D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1218; F. Del Rosso, *L'istituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Il giusto processo civile*, 2017, pp. 939 ss.; v. anche la ricostruzione sistematica svolta da M. Acierio, *La nuova disciplina sull'immigrazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018, pp. 523 ss.; per un commento critico, v. C. Asprella, *Un nuovo rito applicabile in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, in *Corriere giuridico*, 2017, p. 855.

77 De Santis, *L'eliminazione dell'udienza*, cit., p. 206.

6. Osservazioni conclusive

Il sistema asilo in Italia, nella sua complessità e continua evoluzione normativa, ha dimostrato di rispondere anche, e soprattutto, a esigenze emergenziali di contenimento e controllo dei flussi migratori di massa. Ciò ha portato ad adottare scelte normative interne, ma non solo, deflative della tutela dei diritti.

Le misure procedimentali e processuali recentemente normate che hanno inciso sul contraddittorio e la formazione della prova davanti al giudice, a seguito della cosiddetta riforma Minniti, sicuramente si collocano in questo ambito. La tutela soprattutto dei richiedenti protezione per ragioni legate all'orientamento sessuale e all'identità di genere appaiono più compromesse considerata la centralità della cooperazione dell'autorità giudiziaria nella formazione della prova e nella valutazione dello stato individuale, che deve andare oltre alle comprensibili reticenze personali e paure, vista anche la delicatezza delle situazioni personali da valutare, come ben espresso dalla giurisprudenza europea.

Siamo davanti a una situazione in cui, un diritto non solo sostanziale ma anche procedimentale, qual è l'asilo, viene ulteriormente svuotato da quelle garanzie, soprattutto giudiziarie, che sono fondamentali e determinanti per un sistema democratico, considerata la centralità dei diritti soggettivi coinvolti che sono stati mal bilanciati con le esigenze di celerità delle procedure di esclusione dei richiedenti, ritenute prioritarie.

L'accertamento della situazione personale è alla base del riconoscimento della protezione, come più volte ripetuto anche dalla Corte Edu⁷⁸, laddove ciò non si verifica o non si pongono concretamente le condizioni perché ciò avvenga, si assiste inevitabilmente a uno svilimento dei diritti o peggio al rischio della loro negazione.

78 Corte Edu, Grande Camera, *Hirsi e altri c. Italia*, *ivi*.

Adele Del Guercio*

Quali garanzie per il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso?

Sommario

1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso. – 3. Il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso nell'ordinamento dell'Unione europea. – 3.1 Il diritto all'unità familiare nella direttiva “qualifiche” – 3.2 La disciplina del ricongiungimento familiare contemplata dalla direttiva 2003/86/CE. – 3.3 Brevi considerazioni sul diritto all'unità familiare nell'ambito del regolamento “Dublino”. – 4. Il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso nell'ordinamento italiano. – 5. Conclusioni.

Abstract

Lo scritto si sofferma sul diritto all'unità familiare dei beneficiari di protezione internazionale/nazionale e dei richiedenti asilo con coniuge o partner dello stesso sesso. Si prende in esame, innanzitutto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativamente alla nozione di “famiglia” e al diritto delle coppie *same-sex* di ottenere il riconoscimento giuridico della propria unione. Si passa, successivamente, a ricostruire il diritto dell'Unione europea applicabile in materia. Infine, si analizza la normativa italiana con riguardo al diritto al ricongiungimento familiare e a costituire un'unione civile dei beneficiari di protezione internazionale/nazionale e dei richiedenti asilo con partner dello stesso sesso.

This paper focuses on the right to family unity of beneficiaries of international/national protection and asylum seekers with same-sex spouses or partners. We focus, firstly, on the case law of the Court of Strasbourg regarding the notion of ‘family’ and the right of same-sex couples to obtain the legal recognition of their union. Subsequently, we proceed to reconstruct the European Union’s law that applies in this area. Finally, we analyse the Italian legislation with regard to the right to family reunification and to a civil union of beneficiaries of international/national protection and asylum seekers with same-sex partners.

* Ricercatrice t.d. di Diritto internazionale, Università di Napoli L'Orientale, adelguercio@unior.it.
L'autrice ringrazia l'avv. Antonio Rotelli (Rete Lenford) per il prezioso confronto e per il supporto fornito nella stesura dell'elaborato.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

Il diritto all'unità familiare è un elemento essenziale per l'inserimento dei migranti nella società di accoglienza. Trattasi di un diritto riconosciuto, sebbene non in termini assoluti, in tutti i trattati sui diritti umani adottati nell'ambito delle Nazioni Unite (NU) e del Consiglio d'Europa (CoE). Per i cd. migranti forzati, poi, la possibilità di formare una famiglia o di farsi raggiungere dai propri familiari, essi stessi potenzialmente a rischio di persecuzione, di altre gravi violazioni dei loro diritti, o in esilio, acquisisce una specifica rilevanza¹.

Il presente lavoro vuole soffermarsi in special modo sul diritto all'unità familiare di quella categoria di persone che sono i beneficiari di protezione internazionale o nazionale e i richiedenti asilo con coniuge/partner dello stesso sesso. Si è scelto di distinguere, ai fini dell'indagine, tra migranti *latu sensu* e migranti forzati in quanto la disciplina applicabile, come vedremo, è differenziata per categoria².

Si ritiene inoltre opportuno precisare che nell'ambito dell'indagine che ci accingiamo a svolgere a venire in rilievo non sono i motivi della fuga, dunque se la domanda di asilo sia stata presentata o meno per ragioni connesse all'orientamento sessuale o all'identità di genere, quanto la circostanza che un richiedente asilo o una persona che abbia ottenuto una forma di protezione, internazionale o anche nazionale, aspiri a contrarre matrimonio o un'unione civile, o anche a ricongiungersi, con una persona del proprio sesso. In tale circostanza, infatti, non è determinante se alla base della fuga ci siano persecuzioni connesse proprio all'orientamento sessuale o determinate da altre ragioni (origine etnica, nazionale, religione, opinioni politiche, violenza generalizzata). La discriminante, rispetto all'oggetto del presente lavoro, è invece costituita dal sesso del coniuge/partner.

Al fine di ricostruire la normativa applicabile nel caso di specie, sarà d'uopo svolgere un'analisi multilivello, che prenda in considerazione fonti sovranazionali, in particolare quelle adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea (UE), e fonti statali.

Vogliamo richiamare fin da subito alcuni dati rilevanti ai fini dell'indagine. Innanzitutto, va tenuto presente che quasi tutti gli Stati membri dell'Ue hanno regolamentano nel proprio ordinamento il diritto delle coppie formate da persone dello stesso sesso al matrimonio³ o a costituire un'unione civile⁴. Ciò consente ai beneficiari di protezione internazionale (e in alcuni casi ai richiedenti) di contrarre matrimonio o di unirsi civilmente con il partner del proprio stesso sesso, di vedersi riconoscere il matrimonio/unione civile contratto all'estero e di avere la possibilità di chiedere un permesso di soggiorno per il proprio familiare. Mancano all'appello Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia⁵. Va inoltre segnalato, in quanto appare essere un segnale incoraggiante, che ventuno Stati membri del CoE rilasciano il permesso di soggiorno al partner dello stesso sesso non coniugato e che non ha concluso un partenariato civile registrato⁶.

Con il presente lavoro ci proponiamo in primo luogo di ricostruire, seppur sinteticamente, la nozione di "famiglia" ricavabile dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e il ruolo svolto da quest'ultima nell'emersione di un obbligo in capo agli Stati contraenti di riconoscere giuridicamente le coppie formate da persone dello stesso sesso. Successivamente ci sposteremo nell'ordinamento dell'Unione europea, la cui normativa garantisce il diritto all'unità familiare⁷, anche nella forma del

1 UNHCR, *Note on the Integration of Refugees in the European Union*, 2007.

2 Ad avviso di chi scrive, tuttavia, non si possono non condividere le posizioni di una parte della dottrina e dell'UNHCR, secondo cui la distinzione tra migranti economici e migranti forzati è sempre più labile, dal momento che le rotte e i percorsi migratori sono analoghi e, soprattutto, la persona può trovarsi in situazioni molto diversificate lungo il percorso migratorio e nello stesso Paese di accoglienza. In argomento si rinvia, *inter alia*, a G. Cataldi, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?*, in *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Atti del XXII Convegno della Società italiana di Diritto internazionale, 8-9 giugno 2017, Trento, G. Nesi (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 585-601.

3 Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia. Fonte: https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Recognition_2017.pdf.

4 Austria, Cipro, Croazia, Estonia, Grecia, Italia, Repubblica Ceca, Slovenia, Ungheria. Fonte: https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Recognition_2017.pdf.

5 Dati tratti da <https://rainbow-europe.org/#1/8682/0>.

6 K. Waaldijk (ed.), *More and More Together: Legal Family Formats for Same-sex and Different-sex Couples in European Countries Comparative Analysis of Data in the Laws and Families Database*, ECSOL, 75/2017.

7 Secondo i dati EUROSTAT, solo il 23% dei permessi di soggiorno rilasciati dagli Stati membri sono collegati a motivi familiari. Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Residence_permits_statistics. Ad ostacolare l'esercizio del diritto all'unità familiare vi sono, come avremo modo di constatare, numerose criticità, normative e applicative.

ricongiungimento, ai beneficiari di protezione internazionale⁸. Prenderemo in esame sia la direttiva sul ricongiungimento familiare⁹, sia la direttiva “qualifiche”¹⁰, al fine di verificare quale sia la disciplina rispetto alla questione oggetto di indagine. Non mancherà inoltre un riferimento al regolamento “Dublino”¹¹, il quale pure contempla norme che vanno ad incidere sul diritto all’unità familiare dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale. Ci sposteremo poi nell’ordinamento italiano, di modo da ricostruire la normativa applicabile e verificare se si siano già formate delle prassi in materia dopo l’approvazione della legge sulle unioni civili del 2016¹².

2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso

Come si diceva, a venire in rilievo ai fini dell’indagine che andiamo conducendo è innanzitutto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sulla nozione di “famiglia”. Pur senza pretesa di esaustività, va evidenziato che l’interpretazione dell’art. 8 Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) (rispetto della vita privata e familiare) da parte dell’organo summenzionato è molto avanzata, poiché attribuisce rilievo ai legami concretamente esistenti tra le persone¹³ e alle relazioni *de facto*, anche nell’ambito di coppie non sposate¹⁴, tra persone dello stesso sesso¹⁵ e in assenza di coabitazione¹⁶. A risultare rilevanti, infatti, sono elementi quali i legami affettivi, la durata della relazione, la dipenden-

Cfr. UNHCR, *Refugee Family Reunification. UNHCR’s Response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification of Third Country Nationals Living in the European Union (Directive 2003/86/EC)*, 2012, p. 4.

8. Sulla base della Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in GUUE, L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9, ricadono in tale categoria coloro che, a conclusione della procedura di esame della domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri dell’Unione europea, si vedono riconoscere lo status di
GenUS anno V numero 2 aprile 2018 61

za psicologica ed economica¹⁷. Pertanto, nella nozione di “vita familiare” di cui all’art. 8 della CEDU ricade qualsiasi relazione stabile che si fondi su un legame effettivo¹⁸. Ad avviso della Corte, infatti, è “artificioso” ritenere che, al contrario di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa conoscere una “vita familiare” ai sensi dell’articolo 8¹⁹. Pertanto, non è sufficiente che le autorità statali si impegnino a non interferire nell’esercizio del diritto all’unità familiare. Diviene essenziale il riconoscimento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso²⁰, attraverso il matrimonio o altra forma di partnership registrata²¹, e, di conseguenza, l’attribuzione alle stesse dei medesimi diritti delle coppie formate da persone di sesso differente in una situazione analoga²².

Non solo il giudice della CEDU si spinge a ricavare degli obblighi positivi in capo alle Parti contraenti, ma pone altresì dei limiti rigorosi al margine di apprezzamento statale nel trattamento delle coppie formate da persone del medesimo sesso rispetto a quelle formate da persone di sesso diverso²³. Precisa, infatti, il suddetto organo che le disparità fondate sull’orientamento sessuale devono essere giustificate da “ragioni imperiose” o da “motivi particolarmente solidi e convincenti”²⁴, in special modo quando si tratta di diritti che rientrano nella sfera dell’art. 8, e che sono “inaccettabili” quelle motivate unicamente da considerazioni che attengono all’orientamento sessuale²⁵. Alla luce di tali considerazioni, ad esempio, il rifiuto di rilasciare il permesso di soggiorno per motivi familiari al partner non sposato di un cittadino italiano, dovuta all’impossibilità per gli stessi di vedere riconosciuta in Italia la loro unione, non ha alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole e costituisce pertanto una discriminazione fondata sull’orientamento sessuale nel godimento del diritto all’unità familiare²⁶. Come si può osservare, i limiti alla discrezionalità statale trovano applicazione anche in materia di immigrazione (ovvero nel caso in cui la richiesta di ricongiungimento familiare sia presentata da uno straniero per i propri familiari)²⁷.

Sulla base della giurisprudenza sopra sinteticamente illustrata, gli Stati Parti del CoE sono tenuti a prevedere una qualche forma di riconoscimento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso (matrimonio o anche unione civile), al di là della cittadinanza delle stesse. Peraltro, sebbene in materia di immigrazione l’approccio della Corte di Strasburgo non sempre faccia prevalere gli interessi delle persone coinvolte, venendo in rilievo il principio della sovranità statale di regolamentare gli ingressi e le espulsioni e di prevedere dei limiti al ricongiungimento familiare dei migranti²⁸, è stato affermato, con riguardo a quella categoria specifica di cittadini stranieri che sono i rifugiati, che, posta la loro condizione di vulnerabilità, “l’unité de la famille est un droit essentiel (...) et (...) le regroupement familial est un élément fondamental pour permettre à des personnes qui ont fui des persécutions de reprendre une vie normale”²⁹. Proprio per tale ragione, le procedure per il ricongiungimento, nel caso di domande presentate dai rifugiati, dovrebbero essere flessibili, pronte ed effettive³⁰.

Inoltre, la Corte di Strasburgo ha riscontrato la violazione dell’art. 14 CEDU per la differenza di trattamento nell’esercizio del diritto al ricongiungimento familiare prevista tra i coniugi dei rifugiati

17 Corte Edu, decisione del 4 marzo 1998, *Quintana Zapata c. Spagna*, n. 34615/97 (dec.); 13 dicembre 2007, *Emonet e a. c. Svizzera*, n. 39051/03.

18 Al riguardo S. Marino, *Il carattere evolutivo...*, cit., p. 129.

19 La Corte ha pertanto ritenuto che il rapporto tra i sigg. Schalk e Kopf, una coppia di uomini conviventi *de facto* in modo stabile, rientrava nella nozione di “vita familiare” allo stesso titolo di quello di una coppia eterosessuale che si trovava in analoga situazione. Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., par. 94.

20 Corte Edu, *Oliari e. c. Italia*, cit.

21 Corte Edu, decisione del 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12.

22 Corte Edu, *Pajic c. Croazia*, cit.

23 Cfr., tra le altre, la sentenza della Grande Camera, 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, n. 43546/02. In argomento si rinvia a C. Vitucci, *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 80 ss.

24 Corte Edu, *Vallianatos e a. c. Grecia*, cit., par. 77.

25 Corte Edu, decisione del 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, n. 33290/96, par. 36.

26 Corte Edu, decisione del 30 giugno 2016, *Taddeucci e McCall c. Italia*, n. 51362/09, par. 95-98.

27 Corte Edu, *Pajic c. Croazia*, cit., par. 82. Per ulteriori considerazioni al riguardo si rinvia a A.R. Gil, *Family Reunification for Same-sex Couples: A Step forward in Times of Crisis – Comments on the Pajic Ruling of the ECtHR*, 16 aprile 2016, reperibile al sito <http://eumigrationlawblog.eu>.

28 Esula dall’oggetto di indagine la giurisprudenza in materia di diritto all’unità familiare dei migranti.

29 Corte Edu, decisione del 10 luglio 2014, *Mugenzi c. Francia*, n. 52701/09, par. 54.

30 Corte Edu, decisione del 10 luglio 2014, *Tanda-Muzinga c. Francia*, n. 2260/10, par. 75.

sposati dopo essersi trasferiti nel Regno Unito e i coniugi trasferitisi per motivi di studio o di lavoro, per i quali non si prende in considerazione il momento in cui è stato contratto il matrimonio. Secondo l'organo summenzionato, i coniugi dei rifugiati sono nella stessa posizione dei coniugi delle altre categorie di stranieri, pertanto è irragionevole creare distinzioni nell'esercizio del diritto all'unità familiare sulla base del momento in cui è stato contratto il matrimonio³¹. Alla luce di detta giurisprudenza, ci sembra illegittima altresì la differenza di trattamento nell'esercizio del ricongiungimento familiare tra rifugiati e beneficiari di altre forme di protezione.

3. Il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso nell'ordinamento dell'Unione europea

Prima di passare alla disamina della normativa dell'Unione europea con riguardo alla tutela del diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso, appare opportuno chiamare in causa le fonti primarie, ed in particolare la Carta dei diritti fondamentali, nell'ambito della quale detta situazione giuridica soggettiva trova grande spazio.

Innanzitutto, l'art. 7 sancisce in modo tassativo il diritto delle persona al rispetto della vita privata e familiare. Com'è noto, ai sensi dell'art. 52, co. 3, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. Pertanto, l'art. 7 va interpretato in linea con la giurisprudenza *ex art. 8 CEDU* resa dalla Corte di Strasburgo, sulla quale ci siamo soffermati poc'anzi, dalla quale emerge una nozione molto ampia di "famiglia", basata sull'effettività dei legami affettivi e che comporta degli obblighi positivi in capo alle Parti contraenti. Tale lettura è confermata anche dalle *Spiegazioni* relative alla Carta.

In vero, non si può tacere sulla circostanza che i redattori della Carta hanno scelto di omettere la seconda parte dell'art. 8 CEDU (clausole generali sul mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale), aprendo ad interpretazioni dell'art. 7 anche più garantiste di quelle fornite dalla Corte europea dei diritti umani. D'altra parte, l'art. 53, sempre al co. 3, specifica espressamente che non è escluso che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa rispetto a quella della CEDU. Ad ogni modo, fino a questo momento non sembra si sia affermato un orientamento più avanzato di quello della Corte di Strasburgo³².

L'art. 7 della Carta è stato sovente messo in collegamento con l'art. 9 dello stesso documento, che sancisce il diritto di sposarsi e di formare una famiglia, "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Le *Spiegazioni* precisano che l'art. 9 della Carta si basa sull'art. 12 della CEDU. Nondimeno, è stato osservato che la formulazione di cui all'art. 9, che omette di far riferimento al sesso dei coniugi, avrebbe avuto un effetto "trainante" sui giudici di Strasburgo, i quali si sono ispirati all'evoluzione normativa della Carta per sviluppare una giurisprudenza in materia di diritto al matrimonio più garantista di quella relativa ai primi casi che ha esaminato³³, fino a ricavare l'obbligo per lo Stato Parte di riconoscere giuridicamente l'unione *same-sex*.

Ad ogni modo, l'art. 9 della Carta non solo non nomina l'uomo e la donna, come fa invece l'art. 12 CEDU, ma scollega il diritto di costituire una famiglia dal diritto al matrimonio, in tal modo ammettendo la possibilità che esista una pluralità di modelli familiari, indipendentemente dai vincoli giuridici.

Ciò malgrado, non si può non tener conto della circostanza che ci si muove nell'ambito del diritto di famiglia, ovvero di una delle aree fondamentali in cui si esplica la sovranità statale. Non è casuale che l'Unione europea non abbia competenza in tale settore³⁴ e che persino l'adozione delle misure di cooperazione giudiziaria civile relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono

31 Corte Edu, decisione del 6 novembre 2012, *Hode e Abdi c. Regno Unito*, n. 22341/09.

32 Com'è stato evidenziato in dottrina, infatti, "l'art. 7 ... risulta dotato di un potenziale non pienamente sviluppato". Cfr. R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 120.

33 *Ivi*, pp. 169-170.

34 Come precisato dalla Corte di Lussemburgo, gli Stati membri sono liberi di prevedere o meno nel proprio ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Cfr., da ultima, Corte di giustizia Ue, decisione del 18 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, par. 37 e giurisprudenza *ivi* citata. In argomento si rinvia a E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; S.M. Carbone, C. Tuo, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 2, pp. 301-324.

sottoposte, ai sensi dell'art. 81, par. 3, Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) ad una procedura speciale. Anche l'art. 12 della Carta, come si è visto, afferma che il diritto di sposarsi e di formare una famiglia è assoggettato alle leggi nazionali. E le Spiegazioni precisano che "L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso".

Non sorprende, pertanto, che solo di recente, con la sentenza *Coman*³⁵, la Corte di giustizia si sia spinta a fornire, seppure con un iter argomentativo improntato alla prudenza, una lettura *gender-neutral* della nozione di "coniuge" di cui all'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2004/38/CE, e ciò proprio richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, come si è visto, inquadra come "vita familiare" la relazione tra persone dello stesso sesso. Sostiene infatti il giudice di Lussemburgo che "La nozione di «coniuge», di cui a tale disposizione, vale a designare una persona unita ad un'altra da vincolo matrimoniale"³⁶ e si estende, pertanto, al cittadino di un Paese terzo che abbia contratto matrimonio con il cittadino dell'Unione in uno Stato membro. Non è questa la sede per un'analisi approfondita della sentenza *Coman*, che peraltro riguarda il diritto alla vita familiare e il diritto di soggiorno dei familiari dei cittadini dell'UE³⁷. Nondimeno, è degno di nota che il giudice di Lussemburgo abbia voluto ricavare dalla direttiva 2004/38/CE³⁸ l'obbligo per lo Stato membro di rilasciare il permesso di soggiorno per motivi familiari al coniuge, cittadino di un Paese terzo, di un cittadino europeo, malgrado l'ordinamento dello Stato convenuto in giudizio (la Romania) non consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso³⁹. Ha inoltre precisato, al fine di rispondere alle riserve sollevate da alcuni Stati membri che hanno preso parte al processo, che tale "obbligo di riconoscimento ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo non attenta all'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico dello Stato membro interessato"⁴⁰.

Pertanto, sebbene l'Unione europea non abbia competenze in materia di famiglia e non possa imporre l'adozione di una legislazione che riconosca le relazioni *same-sex*, tuttavia, alla luce della sentenza *Coman*, gli Stati membri non potranno rifiutarsi di rilasciare il permesso di soggiorno per motivi familiari al coniuge dello stesso sesso del cittadino europeo che abbia esercitato la libera circolazione, anche quando l'ordinamento interno non preveda il diritto al matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso. Ciò almeno quando il matrimonio sia stato celebrato nel territorio di uno Stato membro.

Va nondimeno precisato che allo stato attuale l'obbligo di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi familiari riguarda solamente il *coniuge* del cittadino dell'Unione e non il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata "sulla base della legislazione di uno Stato membro"⁴¹. Come si ricava dalla lettera della norma, nel caso di specie viene operato un rimando espresso alla legislazione dello Stato membro, assente laddove si fa riferimento al coniuge⁴². Pertanto, ci sembra che, in assenza di ulteriori precisazioni da parte della Corte di Lussemburgo, l'obbligo sussista solo nel caso in cui i due partner siano uniti dal vincolo del matrimonio, restando a discrezione delle autorità statali il riconoscimento dell'unione civile contratta all'estero e il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari.

35 Corte di giustizia Ue, *Coman*, cit., sulla quale si rinvia più diffusamente a G. Rossolillo, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, 8 luglio 2018, reperibile al sito www.sidiblog.org; A. Tryfonidou, *Free Movement of Same-Sex Spouses Within the EU: The ECJ's Coman Judgment*, 9 luglio 2018, reperibile al sito <https://europeanlawblog.eu>.

36 In tal senso cfr. anche la sentenza resa il 25 luglio 2008 dalla stessa Corte nella causa C-127/08, *Metock e a.*

37 In argomento si rinvia a R. Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, Cacucci editore, 2012.

38 *Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in GUUE, L 158 del 30 aprile 2004.

39 Afferma infatti la Corte di giustizia che "in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso". Corte di giustizia Ue, *Coman*, cit., par. 51.

40 *Ivi*, par. 46.

41 Art. 2, lett. b), della direttiva 2004/38/CE, *ivi*.

42 Art. 2, lett. a), della direttiva 2004/38/CE, *ivi*.

Ancora, bisogna prendere atto che la Corte di giustizia ha collegato l'obbligo di rilasciare il permesso di soggiorno per motivi familiari al coniuge dello stesso sesso, cittadino di un Paese terzo, del cittadino dell'UE alla libertà di circolazione e soggiorno sancita dall'art. 21, par. 1, TFUE. Infatti, sostiene il suddetto organo, lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio a un cittadino di uno Stato terzo, che abbia contratto matrimonio con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza una limitazione della libertà di movimento dei cittadini dell'Unione, e pertanto la direttiva 2004/38/CE sarebbe privata del suo effetto utile⁴³.

Chi scrive, tuttavia, non può fare a meno di notare che la Corte di Lussemburgo, al fine di fornire una lettura neutrale della nozione di "coniuge", chiama in causa l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, da leggersi – afferma espressamente – compatibilmente con la giurisprudenza *ex art.* 8 CEDU della Corte di Strasburgo, nel contesto della quale non sono ammesse distinzioni tra categorie di "stranieri" nella definizione di "vita familiare". Analogamente, come si è visto, nell'ambito di applicazione dell'art. 7 della Carta non rientrano esclusivamente i cittadini dell'Unione europea ma tutte le persone, senza specificazioni relative alla cittadinanza. Alla luce di ciò, ci si domanda se l'interpretazione della nozione di "coniuge" offerta dalla Corte di giustizia dell'UE, sebbene riguardi la direttiva 2004/38/CE, non possa essere estesa per analogia alla nozione di "coniuge" contemplata da altri atti normativi⁴⁴, quali quelli che prenderemo in esame. In caso contrario, infatti, si verrebbe a determinare un trattamento differenziato basato sulla cittadinanza privo di una giustificazione oggettiva e ragionevole⁴⁵. A venire in rilievo è infatti sempre il diritto all'unità familiare, sancito dall'art. 7 della Carta e ritenuto dalla Corte di Lussemburgo un diritto fondamentale della persona⁴⁶.

3.1. Il diritto all'unità familiare nella direttiva "qualifiche"

Tra le situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento dell'Unione riconosce ai beneficiari di protezione internazionale vi è anche il diritto all'unità familiare. La disciplina in materia è definita dal combinato disposto dell'art. 23 della direttiva 2011/95/UE (cd. "qualifiche") e del dettato normativo della direttiva 2003/86/CE, che stabilisce il quadro di riferimento con riguardo al diritto al ricongiungimento familiare dei rifugiati.

Ai sensi dell'art. 23 della direttiva 2011/95/UE, gli Stati membri sono tenuti a garantire il mantenimento dell'unità familiare e a riconoscere ai familiari dei beneficiari di protezione internazionale le prerogative di cui agli artt. da 24 a 35 (informazione sui diritti loro riconosciuti, permesso di soggiorno, documenti di viaggio, accesso all'occupazione, diritto all'istruzione, alla formazione e al riconoscimento delle qualifiche, assistenza sociale e sanitaria, accesso all'alloggio)⁴⁷. I "familiari" cui si fa riferimento sono indicati all'art. 2, lett. j) della stessa direttiva: oltre ai figli minori e ai genitori o altro adulto responsabile per i minori non accompagnati, vengono in rilievo, per quanto qui interessa, il coniuge o il partner non sposato del beneficiario, avente con questi una relazione stabile, sempre che la normativa o la prassi dello Stato membro interessato equipari le coppie non sposate a quelle sposate nel quadro della legge sui cittadini di paesi terzi.

Alla luce di quest'ultima considerazione e delle osservazioni svolte con riguardo alle competenze dell'UE in materia di diritto di famiglia, e benché, a nostro avviso, la nozione di famiglia contemplata dalla direttiva "qualifiche" sia alquanto restrittiva e non compatibile con la tutela di un diritto fondamentale della persona, non sorprende che l'*acquis* dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione non sancisca l'obbligo per gli Stati membri di garantire il diritto al ricongiungimento familiare nel

43 Corte di giustizia Ue, *Coman*, cit., par. 39.

44 Secondo M. Beury, l'interpretazione fornita riguarda esclusivamente i coniugi di cittadini dell'UE che abbiano contratto matrimonio in uno Stato membro. Cfr. M. Beury, *The CJEU's Judgment in Coman: A Small Step for the Recognition of Same-sex Couples Underlying European Divides over LGBT Rights*, 24 luglio 2018, reperibile al sito <https://strasbourgobservers.com>. La Corte di Lussemburgo avrebbe potuto riformulare il quesito posto dal giudice del rinvio, come ha fatto in altri casi (*inter alia*, Corte di giustizia Ue, 26 aprile 2012, cause riunite da C-578/10 a C-580/10, *Staatssecretaris van Financiën c. L. A. C. van Putten, P. Mook, G. Frank*), di modo da chiamare in causa altre disposizioni concernenti la questione sollevata, ad esempio l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, e fornire una interpretazione della nozione di "coniuge" *latu sensu*, applicabile in tutte le circostanze. Come si è già evidenziato, tuttavia, al di là del suo potenziale, la sentenza *Coman* è connotata da un certo *self-restraint*.

45 Al riguardo si rinvia alle osservazioni svolte sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

46 Corte di giustizia Ue, decisione del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*.

47 Salvo nel caso in cui vengano in rilievo le clausole di esclusione e di cessazione dello status o anche motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. Cfr. par. 3 e 4 dell'art. 23.

caso di coppie formate da persone dello stesso sesso ma rimetta la questione alla discrezionalità degli stessi.

Va evidenziato che l'art. 2 della direttiva pone un limite, alquanto arbitrario, all'esercizio del diritto all'unità familiare dei beneficiari di protezione internazionale, poiché lo riconosce solamente laddove il nucleo familiare sia già costituito nel Paese di origine⁴⁸. Tale requisito si mostra indifferente alle dinamiche della società contemporanea e soprattutto dei vissuti delle persone che si spostano, volontariamente o forzatamente, da un Paese ad un altro, i cui percorsi migratori possono anche durare anni e contemplare la creazione di una famiglia nel corso della migrazione, prima di giungere nel Paese nel quale viene presentata domanda di protezione internazionale o di altra autorizzazione all'ingresso e al soggiorno. Inoltre, non tiene conto delle realtà sociali dei Paesi di origine e della nozione di famiglia ivi riconosciuta, che può essere alquanto differente rispetto a quella garantita negli ordinamenti degli Stati europei⁴⁹.

Ai familiari dei beneficiari dello status di rifugiato le autorità statali sono tenute a rilasciare un permesso di soggiorno, la cui durata può essere anche inferiore ai tre anni previsti per il permesso del beneficiario, purché sia rinnovabile. Il permesso di soggiorno dei familiari dei beneficiari di protezione sussidiaria deve avere invece la durata di un anno, due in caso di rinnovo⁵⁰. La disciplina sul rilascio del permesso di soggiorno varia, pertanto, sia nei confronti dei beneficiari dei due status, sia dei familiari degli stessi.

Ancora, la direttiva "qualifiche" non prevede espressamente la possibilità di rilasciare ai familiari dei beneficiari di protezione sussidiaria i documenti di viaggio necessari per spostarsi al di fuori del territorio dello Stato membro⁵¹. Si ripropongono, pertanto, differenze di trattamento non ragionevoli tra i beneficiari dei due status e tra i rispettivi familiari.

3.2. La disciplina del ricongiungimento familiare contemplata dalla direttiva 2003/86/CE

Il diritto dei cittadini dei Paesi terzi al ricongiungimento familiare è disciplinato, come si diceva, dalla direttiva 2003/86/CE. Va da subito precisato che l'atto normativo in questione sancisce un vero e proprio diritto soggettivo al ricongiungimento laddove siano soddisfatte le condizioni previste. È stata proprio la Corte di giustizia a statuire inequivocabilmente che l'art. 4, par. 1, della direttiva "impone agli Stati membri obblighi positivi precisi, cui corrispondono diritti soggettivi chiaramente definiti, imponendo loro, nelle ipotesi contemplate dalla direttiva, di autorizzare il ricongiungimento familiare di taluni congiunti del soggiornante senza potersi avvalere di discrezionalità in proposito"⁵². Il margine di apprezzamento statale, nell'esaminare se siano soddisfatte le condizioni fissate dalla direttiva e nel ponderare gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo complesso, non deve pertanto pregiudicare il conseguimento dell'obiettivo fissato dalla direttiva – favorire il ricongiungimento familiare – e il suo effetto utile⁵³. La regola vuole che il ricongiungimento sia garantito e che le eccezioni siano interpretate restrittivamente, nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dell'UE e dalla CEDU (in particolare del rispetto della vita privata e della vita familiare, del principio di non discrimi-

48 Tale approccio trova conferma nel par. 5 dell'art. 23, che attribuisce sì agli Stati membri la possibilità di estendere i benefici di cui al capo VII della direttiva ad altri congiunti oltre a quelli elencati all'art. 2, lett. j), ma solamente qualora gli stessi vivessero nel nucleo familiare al momento della partenza dal paese d'origine e in quel momento fossero completamente o principalmente a carico del beneficiario di protezione internazionale. Va evidenziato che nella proposta di modifica della direttiva "qualifiche" presentata dalla Commissione europea nel 2016 (COM(2016)466 final, article 25) tale requisito viene superato. A noi sembra che, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la restrizione del diritto all'unità familiare sulla base del momento in cui si è formata la famiglia sia, oltre che irragionevole, anche incompatibile con la CEDU. In generale sull'argomento si rinvia a S. Peers, M. Garlick, V. Moreno Lax, E. Guild, *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Nijhoff, Brill, 2015, p. 87.

49 ELENA, *Information Note on Family Reunification for Beneficiaries of International Protection in Europe*, 2016, in particolare a p. 19.

50 Sia in un caso che nell'altro sono ammesse delle eccezioni laddove vengano in rilievo motivi di ordine pubblico e, nel caso dei familiari del beneficiario di protezione sussidiaria, di sicurezza nazionale.

51 Art. 25. Trattasi di una significativa e problematica limitazione della libertà di movimento dei familiari dei beneficiari di protezione internazionale, che va a sommarsi a quelle più generali disposte dal Codice delle frontiere Schengen (*Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*, in GUUE, L 77 del 23 marzo 2016, p. 1) e dal regolamento "Dublino", già citato.

52 Corte di giustizia Ue, decisione del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 60.

53 Corte di giustizia Ue, decisione del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, punto 43; 17 luglio 2014, causa C-338/13, *Noorzia*.

nazione, dei diritti del minore e del diritto a un ricorso effettivo)⁵⁴, come sostenuto espressamente dalla Corte di giustizia, che ha annoverato il diritto al rispetto della vita familiare tra i diritti fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione⁵⁵.

La richiesta di ricongiungimento può essere presentata da qualsiasi cittadino di un Paese terzo titolare di un permesso di soggiorno valido per almeno un anno e con una fondata prospettiva di ottenere il diritto di soggiorno stabile (art. 3, par. 1), condizione quest'ultima che spetta alle autorità statali verificare, sulla base di elementi quali le circostanze individuali e il tipo di permesso di soggiorno. Tra i soggetti che possono presentare la richiesta di ricongiungimento sono espressamente contemplati i rifugiati ma non i beneficiari di protezione sussidiaria, poiché al momento dell'adozione della direttiva 2003/86/CE l'allora Comunità europea (oggi Unione europea) non si era ancora dotata di una disciplina in materia di riconoscimento della protezione internazionale e, pertanto, non aveva ancora previsto tale status giuridico⁵⁶. Cionondimeno, la Commissione, nel documento adottato nel 2014, ha sostenuto che la direttiva non dovrebbe essere interpretata nel senso che obbliga gli Stati membri a negare alle persone rientranti in tali categorie il diritto al ricongiungimento familiare, posto che in tutti i casi si tratta di persone con esigenze di protezione analoghe⁵⁷.

A tal proposito va segnalato che una parte degli Stati membri applica la direttiva anche ai beneficiari di protezione sussidiaria⁵⁸. Tuttavia, molti di essi prevedono requisiti più restrittivi rispetto a detta categoria, ad esempio con riguardo alle condizioni materiali per presentare richiesta di ricongiungimento, alle prove documentali sul legame familiare e alle misure di integrazione⁵⁹.

I familiari per i quali è possibile presentare la richiesta di ricongiungimento sono, ai sensi dell'art. 4 della direttiva, il coniuge e i figli minorenni, anche adottati, del soggiornante e del coniuge. Come si è già visto relativamente alla direttiva "qualifiche", la nozione di famiglia abbracciata dal diritto dell'Unione europea è alquanto restrittiva e fa riferimento quasi esclusivamente alla famiglia nucleare. Sotto tale profilo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è significativamente più avanzata, poiché attribuisce rilievo ai legami concretamente esistenti e alle relazioni *de facto*.

Ad ogni modo, la direttiva 2003/86/CE prevede che gli Stati membri possano estendere la disciplina sul ricongiungimento familiare anche al partner non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante o al cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata (art. 4, par. 3)⁶⁰. Quest'ultimo requisito risulta particolarmente problematico quando ad essere coinvolte sono persone in fuga. Se si guarda infatti ai Paesi di provenienza dei beneficiari di protezione internazionale è agevole constatare che la gran parte di essi non prevede alcun riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso, bensì, in molti casi, norme sanzionatrici nei confronti delle stesse⁶¹. Laddove gli Stati membri, nel

54 Corte di giustizia Ue, *Chakroun*, cit., punto 44.

55 Corte di giustizia Ue, decisione del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punti 52 ss.

56 La direttiva "qualifiche", che ha introdotto nell'ordinamento dell'Unione la protezione sussidiaria, è stata adottata soltanto un anno dopo (*Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, in *GIUIE*, L 304 del 30 settembre 2004, p. 12). Pertanto, tra i beneficiari delle prerogative contemplate dalla direttiva sul ricongiungimento familiare non figurano i beneficiari di protezione sussidiaria. Nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento*, COM(2014)210 final del 3 aprile 2014, gli Stati membri sono stati invitati ad estendere l'ambito di applicazione della direttiva 2003/86/CE anche ai beneficiari di protezione sussidiaria.

57 *Ivi*, p. 27. A tal riguardo si registra anche la ferma presa di posizione dell'UNHCR, *Refugee Family Reunification*, *ivi*.

58 Trattasi di Austria, Repubblica Ceca, Estonia, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia. Cfr. Commissione europea, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, COM(2008)610 definitivo dell'8 ottobre 2008, p. 5. Anche l'Italia, come vedremo, ha previsto la stessa disciplina in materia di ricongiungimento familiare sia per i rifugiati che per i beneficiari di protezione sussidiaria.

59 ELENA, *ivi*, in particolare pp. 13-14. In dottrina si rinvia a L.H. Storgaard, *National Law Restrictions on Family Reunification Rights of International Protection Beneficiaries from a ECHR/EU Law Perspective*, Working paper presented at SLS 2016 Annual Conference St Cathrine's College, University of Oxford, reperibile on line.

60 Sulla nozione di famiglia fatta propria dalla direttiva 2003/86/CE si rinvia alle considerazioni critiche dell'UNHCR, *Refugee Family Reunification*, *ivi*, p. 8.

61 Sulla situazione a livello globale si rinvia a International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA): A. Carroll, L.R. Mendos, *State-Sponsored Homophobia 2017: A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, Geneva, maggio 2017, dove si legge che sono 78 gli Stati che sanzionano le relazioni tra persone dello stesso sesso, cinque dei quali con la pena capitale. Tali osservazioni riguardano ad esempio i primi cinque Paesi da cui provengono i

recepire la direttiva, abbiano mantenuto il requisito della formalizzazione della relazione tra persone dello stesso sesso, queste ultime potranno incontrare grossi ostacoli nell'esercizio del diritto all'unità familiare, a meno che non abbiano contratto l'unione registrata in uno Stato di transito.

La direttiva prevede delle condizioni di favore per l'esercizio del ricongiungimento familiare da parte dei rifugiati. Vengono infatti previste delle deroghe alla disciplina generale di cui agli artt. 4, 5, 7 e 8, che di fatto si traducono nell'obbligo per le autorità statali di autorizzare l'ingresso dei familiari nel proprio territorio senza la necessità che il richiedente dimostri la disponibilità di risorse sufficienti, di un alloggio e di un'assicurazione contro le malattie – come richiesto per le altre categorie di cittadini di Paesi terzi. Se tali deroghe sono apprezzabili, poste le difficoltà per i rifugiati di dimostrare il possesso di tali requisiti, lascia perplessi la previsione di cui all'art. 12, secondo cui il soddisfacimento di dette condizioni può essere preteso laddove il rifugiato non presenti la domanda di ricongiungimento entro tre mesi dal riconoscimento dello status. A tal riguardo la stessa Commissione europea ha invitato gli Stati membri ad adottare un atteggiamento *indulgente* nei confronti dei rifugiati, tenuto conto delle difficoltà che questi possono incontrare nell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, ad esempio nella ricerca dei familiari o per l'ottenimento dei documenti, spesso andati distrutti durante la fuga, considerata anche l'impossibilità di comunicare con le autorità del Paese di origine.

Inoltre, sempre nell'ottica di un trattamento di favore nei confronti dei rifugiati, la direttiva prevede che le misure di integrazione possano essere applicate ai rifugiati solo dopo che sia stato accordato il ricongiungimento familiare⁶² e che non possa essere preteso che gli stessi abbiano soggiornato nel territorio statale per un certo periodo di tempo prima di fare richiesta di ingresso per i propri familiari⁶³.

Se non si può negare l'orientamento più garantista nei confronti dei rifugiati rispetto alle altre categorie di migranti che emerge dalle disposizioni sopra richiamate, va invece constatato con preoccupazione che, come già è emerso relativamente alla direttiva 2011/95/UE, anche la direttiva 2003/86/CE ammette la possibilità di limitare il diritto al ricongiungimento ai rifugiati i cui vincoli familiari siano anteriori al loro ingresso nel territorio statale (art. 9, par. 2). Tale requisito si pone come un ostacolo irragionevole nell'esercizio del diritto all'unità familiare da parte dei rifugiati, posto che si tratta di persone costrette alla fuga e che si trovano a vivere anche numerosi anni in esilio prima di giungere in Europa⁶⁴. Va detto al riguardo che è la stessa Commissione europea, nella posizione adottata nel 2014, ad invitare gli Stati membri a non applicare le limitazioni facoltative ai rifugiati e a riconoscere la situazione peculiare e le difficoltà che spesso questi incontrano nel presentare domanda di ricongiungimento familiare⁶⁵. Va evidenziato con favore che nella proposta di modifica della direttiva "qualifiche", presentata dalla Commissione nel 2016, tale requisito viene meno⁶⁶.

Un'altra disposizione a nostro avviso problematica, trattandosi di persone in fuga, è quella contemplata dall'art. 12, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2003/86/CE, che autorizza gli Stati membri a non applicare le condizioni più favorevoli se è possibile il ricongiungimento familiare in un paese terzo con il quale il soggiornante/familiare ha legami particolari, che siano familiari, culturali o sociali. Seppure la suddetta disposizione precisi che il Paese terzo deve costituire un'alternativa realistica e che, pertanto, deve essere *sicuro* per il soggiornante e i familiari, a noi sembra che possano venire a concretizzarsi, qualora il trasferimento sia effettuato, violazioni del principio di *non-refoulement*. Ritendiamo pertanto che tale norma non debba trovare applicazione nei confronti dei rifugiati⁶⁷. È d'uopo

richiedenti protezione internazionale in Europa: Siria, Iraq, Afghanistan, Nigeria e Pakistan. Salvo che in Siria (dove, comunque, in alcune province, opera il *Daesh*), negli altri Paesi richiamati le relazioni tra persone dello stesso sesso sono punite con la pena capitale. In generale sulla situazione delle persone LGBTI nei Paesi di origine dei richiedenti asilo che giungono in Europa si rinvia anche al report dell'EASO, *Researching the Situation of Lesbian, Gay and Bisexual Persons (LGB) in Countries of Origin*, 2015.

62 Art. 7, par. 2, secondo comma.

63 Art. 12, par. 2.

64 Riserve al riguardo sono state espresse dall'UNHCR, *Refugee Family Reunification*, *ivi*, p. 9.

65 COM(2014)210 final, *ivi*, p. 23.

66 *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, COM(2016)466 final del 13 luglio 2016, art. 25.

67 COM(2014)210 final, *ivi*, p. 25. Ad avviso della Corte Edu, nel caso dei rifugiati e di altre categorie di migranti in fuga sussistono "*insurmountable obstacles*" a ristabilire una vita familiare in un Paese terzo: cfr. Corte Edu, decisione del 9 luglio 2010, *Mengesha Kimfe c. Svizzera*, n. 24404/05.

precisare che il principio di *non-refoulement*, oltre ad aver acquisito, secondo una dottrina autorevole⁶⁸, natura consuetudinaria, è espressamente sancito dalle fonti primarie del diritto dell'Unione europea (art. 78, par. 1, TFUE e art. 19 Carta dei diritti fondamentali), nel cui rispetto la direttiva in esame deve trovare applicazione.

Malgrado la disciplina di favore per i rifugiati contemplata dalla direttiva 2003/86/CE, gli studi hanno mostrato la difficoltà per gli stessi di esercitare in concreto il diritto al ricongiungimento familiare, a causa di ostacoli amministrativi, dei costi e della durata della procedura⁶⁹. Alla luce di ciò, la Commissione europea ha immaginato una revisione della normativa in materia ed ha lanciato una fase di consultazione⁷⁰, che fino a questo momento non ha prodotto risultati concreti⁷¹.

3.3. Brevi considerazioni sul diritto all'unità familiare nell'ambito del regolamento "Dublino"

Prima di concludere l'esame del quadro normativo europeo, ci sembra d'obbligo un accenno al regolamento "Dublino", che pure va ad incidere sull'esercizio del diritto all'unità familiare dei richiedenti protezione internazionale. Detto atto normativo attribuisce infatti in prima istanza la competenza dell'esame della domanda di protezione internazionale allo Stato membro nel quale soggiorni, in qualità di beneficiario di protezione internazionale, un familiare del richiedente, a prescindere dalla circostanza che la famiglia fosse già costituita nel paese di origine⁷². Quest'ultima precisazione è degna di nota, poiché consente, sul piano di principio, di favorire il ricongiungimento dei congiunti anche quando il nucleo familiare si sia formato nel corso della migrazione. Non sembra, invece, a chi scrive che possa essere letto in termini analoghi l'art. 10 del regolamento (UE) n. 106/2013, che pure attribuisce la competenza allo Stato membro nel quale abbia fatto richiesta di protezione internazionale un familiare del richiedente, ma che non fa alcun riferimento al momento in cui si è venuta a costituire la famiglia. Nondimeno va preso atto che l'art. 2, lett. g), nell'indicare le categorie di "familiari" rilevanti ai fini dell'applicazione del regolamento, chiama sì in causa "il partner non legato da vincoli di matrimonio con cui abbia una relazione stabile, qualora il diritto o la prassi dello Stato membro interessato assimilino la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate", ma precisa espressamente che la famiglia debba già essere costituita nel Paese di origine. Viene a determinarsi, pertanto, una importante incongruenza nel dettato normativo, poiché l'art. 2 non riconosce quello che invece è espressamente contemplato dall'art. 9 quale principale criterio di attribuzione della competenza per l'esame della domanda di protezione internazionale⁷³. Le conseguenze nella scelta dell'interpretazione da far prevalere non sono di poco conto alla luce delle osservazioni svolte in precedenza sul riconoscimento delle relazioni tra persone dello stesso sesso nei Paesi di provenienza dei richiedenti protezione internazionale. È chiaro, infatti, che solo qualora si prediliga la lettura garantista di cui all'art. 9 si determinerà il ricongiungimento del richiedente con il partner già riconosciuto rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria in un altro Stato membro.

68 J. Allain, *The Jus Cogens Nature of Non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, pp. 533 ss.; E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and the Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds.), Cambridge, CUP, 2001, pp. 140 ss.; G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 353 ss.

69 Red Cross EU & ECRE, *Disrupted Flight: The Realities of Separated Refugee Families in the EU*, 2014, p. 12, reperibile al sito: http://www.redcross.eu/en/upload/documents/pdf/2014/Asylum_Migration/RCEU%20ECRE%20-%20Family_Reunification%20Report%20Final_HR.pdf.

70 Commissione europea, *Libro verde sul diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi che vivono nell'Unione europea (direttiva 2003/86/CE)*, COM(2011)735 definitivo del 15 novembre 2011. Si veda anche il sito della consultazione pubblica: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2012/consulting_0023_en.

71 Al riguardo si condividono le osservazioni di P. Mori, *Brevi note sull'unità della famiglia e sul diritto al ricongiungimento familiare in Europa*, in *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, A. Annoni, P. Mori (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 2015, pp. 89-102, in particolare pp. 98-99, secondo cui "il clima politico attuale non è propizio ad una modifica in senso evolutivo della direttiva, comportando anzi il rischio di una revisione in senso peggiorativo per i diritti dei migranti".

72 Art. 9.

73 Ad ogni modo, com'è stato ampiamente documentato e denunciato, i criteri del regolamento "Dublino" basati sul rispetto del diritto dell'unità familiare hanno trovato scarsa applicazione. In argomento si rinvia, *inter alia*, al rapporto di ECRE, *Legal Note Considers and Summarises Cases on Family Reunion from European National Courts*, 2018.

In conclusione, benché il regolamento “Dublino” attribuisca sulla carta grande considerazione all’unità familiare, in concreto tale diritto non è efficacemente garantito e, anzi, proprio l’attuazione di detto strumento determina la separazione, anche per lunghi periodi, dei membri della stessa famiglia⁷⁴.

4. Il diritto all’unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso nell’ordinamento italiano

L’Italia ha dato attuazione sia alla direttiva 2003/86/CE⁷⁵, sia alla direttiva 2011/95/UE (e precedentemente alla direttiva 2004/83/CE)⁷⁶, peraltro con un approccio alquanto garantista, poiché ha uniformato la disciplina dei due status di protezione internazionale, prevedendo gli stessi diritti sia per i rifugiati sia per i beneficiari di protezione sussidiaria. La normativa in vigore stabilisce, infatti, che a tutti i beneficiari di protezione internazionale vada rilasciato un permesso di soggiorno della durata di cinque anni. Oltre all’assistenza sanitaria e sociale, e all’accesso all’istruzione e all’occupazione, viene garantito ai rifugiati e ai beneficiari di protezione sussidiaria anche il diritto a ricongiungersi con i propri familiari, senza necessità di dimostrare i requisiti di reddito, di alloggio e di possesso di un’assicurazione sanitaria⁷⁷, e con facilitazioni per quanto riguarda i documenti attestanti il legame familiare.

Nell’ordinamento italiano è prevista una terza forma di protezione, detta “umanitaria”, da riconoscere a chi non abbia i requisiti per la protezione internazionale ma non possa essere allontanato dal territorio statale in quanto ricorrono “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”⁷⁸. Anche ai beneficiari di protezione umanitaria sono riconosciuti il diritto alla salute, l’accesso al lavoro e alla formazione, nonché il diritto al ricongiungimento familiare⁷⁹, sebbene non alle condizioni di favore previste per i beneficiari di protezione internazionale, bensì a quelle ordinarie previste per le altre categorie di cittadini di Paesi terzi (requisiti di reddito e di alloggio, e disponibilità di un’assicurazione familiare).

Ai familiari dei beneficiari di protezione internazionale e umanitaria ammessi al ricongiungimento viene rilasciato, ai sensi dell’art. 30 del T.U. sull’immigrazione, un permesso di soggiorno per motivi familiari, di durata pari a quello del familiare che ha presentato la domanda. Lo stesso vale nel caso di stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con un cittadino italiano o con cittadino di un Paese terzo regolarmente soggiornante. Il permesso di soggiorno per motivi familiari consente l’accesso ai servizi assistenziali, l’iscrizione a corsi di studio o di formazione professionale, l’iscrizione nelle liste di collocamento, lo svolgimento di lavoro subordinato o autonomo.

Non beneficiano, invece, del diritto al ricongiungimento familiare quelle coppie formate da persone dello stesso sesso che non abbiano contratto matrimonio o che non siano formalmente registrate

74 In argomento cfr. Commissario per i diritti umani del CoE, *Realising the Right to Family Reunification of Refugees in Europe*, 7 febbraio 2017, p. 6; ed anche Red Cross EU & ECRE, *ivi*.

75 Decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5, *Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare*, in GURI, Serie Generale n. 25 del 31 gennaio 2007, in vigore dal 15 febbraio 2007, modificata dal Decreto legislativo 3 ottobre 2008, n. 160, *Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare*, in GURI, Serie Generale n. 247 del 21 ottobre 2008, in vigore dal 5 novembre 2008.

76 Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18, *Attuazione della direttiva 2011/95/UE recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GURI, Serie Generale n. 55 del 07 March 2014, in vigore dal 22 marzo 2014.

77 Art. 29 bis T.U. sull’immigrazione.

78 Art. 5 co. 6, d.lgs n. 286/98. Sulla protezione umanitaria si rinvia a N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, 1.

79 La dottrina ha tuttavia evidenziato come la temporaneità del permesso di soggiorno rilasciato al beneficiario di protezione umanitaria abbia prodotto prassi contrastanti. Cfr. N. Morandi, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell’art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/98*, 2017, p. 22, reperibile al sito http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/2017_scheda-asgi-permesso-umanitario_def.pdf. Il diritto al ricongiungimento familiare di cui agli artt. 28-29 del T.U. sull’immigrazione non si estende agli stranieri destinatari delle misure di protezione temporanea disposte ai sensi del decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85, ovvero delle misure di cui all’art. 20.

nel Paese di origine o in un Paese di transito. Trattasi di una circostanza tanto più problematica tenuto conto che, come si diceva, nella gran parte degli Stati di provenienza dei migranti forzati la normativa non garantisce una qualche forma di riconoscimento giuridico delle stesse. In tali casi resta nondimeno la possibilità per il partner non sposato o non unito formalmente in una relazione al beneficiario di protezione internazionale di fare ingresso nel territorio italiano, presentare richiesta di asilo e unirsi civilmente al beneficiario di protezione internazionale.

Com'è noto, l'Italia ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso solo nel maggio 2016⁸⁰. Con una circolare del mese di agosto dello stesso anno⁸¹, il Ministero dell'Interno ha precisato, fuggendo in tal modo qualsiasi dubbio interpretativo al riguardo, che le disposizioni del Testo unico sull'immigrazione in materia di ricongiungimento familiare (art. 29) e di rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30) si estendono anche alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Alla luce di ciò, il beneficiario di protezione internazionale o umanitaria può chiedere il ricongiungimento familiare con il partner, unito civilmente (in Italia o all'estero) o coniuge (in caso di matrimonio celebrato all'estero)⁸², straniero e non residente in Italia, alle medesime condizioni previste per i coniugi. Inoltre, al beneficiario di protezione internazionale o umanitaria presente sul territorio nazionale che contragga l'unione civile con un cittadino italiano deve essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari ai sensi dell'art. 30 del medesimo Testo unico, alle medesime condizioni previste per il coniuge del cittadino italiano. Nella circolare viene altresì specificato che permangono in vigore le disposizioni più favorevoli previste all'art. 29bis del T.U. sull'immigrazione per i rifugiati e i beneficiari di protezione sussidiaria.

Il beneficiario di protezione internazionale o umanitaria o il richiedente asilo⁸³ che voglia costituire un'unione civile in Italia deve presentare all'ufficiale di stato civile, al momento della richiesta, la documentazione prevista dall'art. 116 primo comma del Codice Civile⁸⁴, ovvero un documento di identità, la dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese, dalla quale risulti il libero stato, dunque il nulla osta all'unione civile, e un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano. Lo straniero che abbia la cittadinanza di un Paese che non riconosce le unioni civili o il matrimonio tra persone dello stesso sesso, e pertanto non rilasci il nulla osta, può sostituire lo stesso con un certificato o altro atto idoneo ad attestare la libertà di stato. Generalmente, nel caso dei migranti forzati, che non possono avere contatti con le autorità dei Paesi di origine, il nulla osta può essere rilasciato dalla rappresentanza dell'Alto Commissariato dell'ONU per i Rifugiati (UNHCR)⁸⁵.

Alla luce di quanto sopra illustrato, sia il beneficiario di protezione internazionale/umanitaria, sia il richiedente asilo che voglia contrarre l'unione civile con un cittadino italiano o con un cittadino di un Paese terzo ha la possibilità di farlo alla luce della normativa in vigore. Come si diceva, benché non ci sia conferma in una prassi ancora poco consistente a livello nazionale, non si nutrono dubbi che anche due richiedenti protezione internazionale possano costituire un'unione civile, poiché si tratta di persone regolarmente soggiornanti, unico criterio richiesto dalla legge n. 76/2016.

In quanto alla possibilità di celebrare l'unione civile tra un beneficiario di protezione internazionale/nazionale e un cittadino di un Paese terzo sprovvisto di permesso di soggiorno, appaiono degne di nota alcune importanti sentenze rese negli ultimi anni. Com'è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 116, primo comma, cod. civ., come modificato dalla legge n. 94 del 2009, in quanto subordinava la celebrazione del matrimonio del cittadino di un Paese terzo con il cittadino italiano alla presentazione di un documento attestante la regolarità del soggiorno⁸⁶. Ancora, la Su-

80 Legge 20 maggio 2016, n. 76, cit. In argomento si rinvia agli interventi contenuti in questa *Rivista*, 2016, 2.

81 Ministero dell'Interno, circolare del 5 agosto 2016 (prot. 3511).

82 Il matrimonio contratto all'estero dal cittadino italiano con cittadino straniero può essere trascritto nell'ordinamento italiano come unione civile ai sensi dell'art. 32 bis della L. n. 218 del 1995; è invece trascrivibile come matrimonio quello contratto all'estero da due cittadini stranieri. Cfr. Cassazione civile, sez. I, sentenza del 14 maggio 2018, n. 11696.

83 Al richiedente protezione internazionale viene rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta di asilo di durata temporanea (generalmente 6 mesi), che ne attesta la regolarità del soggiorno nel territorio italiano. Non si nutrono dubbi, pertanto, che lo stesso benefici della legislazione in materia di unioni civili.

84 Art. 1, comma 19, L. 76/2016.

85 Ad ogni modo, nel caso in cui non sia possibile ottenere il nulla osta in ragione delle leggi esistenti nel Paese di origine, l'ufficiale di stato civile dovrebbe comunque procedere a riconoscere l'unione, in quanto trattasi di una norma di ordine pubblico che prevale sulle leggi straniere che vietano il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso. Consiglio di Stato, parere del 21 luglio 2016 recepito dal Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 7.

86 Corte costituzionale, sentenza del 25 luglio 2011, n. 245. Sulla sentenza di rinvio a M.M. Winkler, *Stranieri irregolari e matrimonio: anatomia di un diritto fondamentale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, pp. 1239-1251.

prema Corte ha precisato che il cittadino di un Paese terzo che abbia fatto ingresso e si sia trattenuto nel territorio italiano al fine di esercitare un diritto riconosciuto dall'ordinamento (nella fattispecie il diritto all'unità familiare, attraverso il matrimonio con una cittadina italiana) non viola l'art. 10bis del D.Lgs. 286/1998, anche se non in possesso dei documenti validi per tale ingresso e successivo trattenimento⁸⁷. Alla luce di tali autorevoli precisazioni, si ritiene sia possibile celebrare l'unione civile anche nel caso in cui uno dei partner sia privo di autorizzazione all'ingresso e al soggiorno. La prassi in materia di matrimonio depone in tal senso, pertanto si ritiene di poter estendere per analogia gli orientamenti giurisprudenziali di cui sopra anche alla fattispecie dell'unione civile, se non si vuole andare a determinare una discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Infine, appare opportuno rammentare che laddove ci si trovi di fronte ad un richiedente protezione internazionale che mantiene una relazione con un beneficiario o con un richiedente protezione internazionale soggiornante in un altro Stato membro trovano applicazione le disposizioni del regolamento "Dublino" già esaminate, con la conseguenza che lo stesso potrà essere trasferito nello Stato membro in questione.

5. Conclusioni

Benché il diritto all'unità familiare sia annoverato da numerosi trattati internazionali e dalle corti sovranazionali tra i diritti fondamentali della persona, l'indagine condotta ha mostrato come non sempre il suo esercizio da parte dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale, in special modo per coloro che hanno un coniuge/partner dello stesso sesso, sia garantito in modo effettivo, a causa di ostacoli sia normativi che applicativi. Dette persone, infatti, oltre a subire gli effetti di politiche sull'immigrazione e sull'asilo sempre più restrittive, incontrano ulteriori ostacoli connessi al riconoscimento, ancora *in itinere*, di uno status giuridico definito e delle prerogative più specificamente connesse alla vita familiare.

Sotto il profilo normativo, si è visto che la direttiva 2003/86/CE, oltre ad escludere dal proprio ambito di applicazione soggettivo i beneficiari di protezione sussidiaria, fa riferimento esclusivamente alla famiglia *nucleare* già costituita nel Paese di origine. Lo stesso limite connota la direttiva 2011/95/UE. Entrambi gli atti normativi richiamati rimettono agli Stati membri la facoltà di estendere il diritto all'unità familiare anche al partner non sposato, purché la relazione sia stata in qualche modo formalizzata. A tal riguardo si è già detto che la gran parte dei richiedenti asilo che giungono in Europa proviene da Paesi nei quali le relazioni tra persone dello stesso sesso non solo non sono riconosciute giuridicamente, ma sono finanche sanzionate⁸⁸. Ciò si traduce in un ostacolo formale nell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, poiché nella gran parte degli Stati europei la nozione di famiglia è stata estesa sì al partner non sposato, ma solo qualora l'unione sia registrata. La situazione è complessa altresì per quelle famiglie che si sono costituite durante il percorso migratorio e che non hanno ricevuto alcuna formalizzazione. Cionondimeno, confortano i dati di un recente studio, dal quale si evince che ventuno Stati membri del CoE rilasciano il permesso di soggiorno ai partner dello stesso sesso non coniugati e che non hanno concluso un partenariato civile registrato⁸⁹. Peraltro, come si diceva, sono oramai numerosi gli Stati europei che hanno regolamentato nel proprio ordinamento il diritto per le coppie formate da persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio⁹⁰ o a costituire un'unione civile⁹¹. Tale possibilità riguarda anche i richiedenti asilo e i beneficiari di protezione internazionale.

Ad ogni modo, l'indagine ha reso evidente che il diritto all'unità familiare delle coppie *same-sex* è strettamente collegato alla disciplina statale, poiché l'Unione europea non ha competenza in materia di famiglia. Peraltro, come si è visto, la stessa possibilità di estendere la nozione di "coniuge" al partner dello stesso sesso è espressamente prevista solo con riguardo al cittadino di un Paese terzo che abbia contratto, nel territorio di uno Stato membro, matrimonio con un cittadino dell'UE che si è avvalso del

87 Corte di Cassazione, sentenza del 29 luglio 2013, n. 32859.

88 Sulla situazione a livello globale si rinvia a ILGA, *State-Sponsored Homophobia*, *ivi*.

89 K. Waaldijk (ed.), *More and More Together*, *ivi*.

90 Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia. Fonte: https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Recognition_2017.pdf.

91 Austria, Cipro, Croazia, Estonia, Grecia, Italia, Repubblica Ceca, Slovenia, Ungheria. Fonte: https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Recognition_2017.pdf.

principio di libera circolazione. Tuttavia, a nostro avviso, una lettura della nozione di “coniuge” con un ambito di applicazione soggettivo così limitato andrebbe a produrre delle discriminazioni non oggettive e ragionevoli. Sulla questione sarebbe auspicabile un chiarimento da parte della Corte di giustizia.

Guardando poi all'Italia, ci sembra che sia possibile per il beneficiario di protezione internazionale/nazionale ed anche per il richiedente asilo costituire un'unione civile sia con un cittadino italiano, sia con una persona che abbia il proprio stesso status. Al momento, come si diceva, la prassi è poco consistente ma, alla luce dei primi casi registrati, sembra non si presentino particolari impedimenti, nemmeno quando non sia possibile ottenere il nulla osta, poiché in tale circostanza lo stesso può essere rilasciato dall'UNHCR o da un tribunale.

Peraltro, alla luce di un'autorevole giurisprudenza, si ritiene che anche nel caso in cui il richiedente o beneficiario di protezione voglia costituire un'unione civile con un cittadino straniero privo del permesso di soggiorno questa possa essere celebrata. In caso contrario, infatti, verrebbe a determinarsi un trattamento differenziato non ragionevole basato, di fatto, sull'orientamento sessuale, poiché tale ipotesi è ammessa nel caso di una coppia formata da persone di sesso diverso che vogliano contrarre matrimonio.

In conclusione, l'indagine ha rilevato delle criticità nella legislazione, sia a livello sovranazionale sia a livello statale, suscettibili di andare a detrimento di un diritto fondamentale della persona, peraltro con una ratio discriminatoria collegata all'orientamento sessuale.

*Moirá Dustin, Nina Held**

In or out? A Queer Intersectional Approach to ‘Particular Social Group’ Membership and Credibility in SOGI asylum claims in Germany and the UK

Summary

1. Introduction – 2. Methodology and the case studies – 3. An intersectional queer theoretical approach to SOGI asylum – 4. Applying the lens of queer theory and intersectionality – 4.1. Proving membership of a PSG in ‘bisexual’ claims – 4.2. Intersections of sexuality and religion – 5. Conclusion.

Abstract

Gli individui che in Europa chiedono asilo sulla base dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere (SOGI) devono provare alle autorità competenti che sono credibili e che soddisfano i criteri previsti dalla Convenzione di Ginevra. Nella maggioranza dei casi, ciò avviene dimostrando che essi appartengono a un particolare gruppo sociale (PGS). Tuttavia, da tempo difensori e ricercatori hanno sostenuto che i richiedenti asilo SOGI sono trattati in modo ingiusto e contraddittorio. In questo articolo, gli autori utilizzano le teorie queer e basate sull’intersezionalità per ritenere che tale situazione deriva dal modo in cui il PGS è sempre stato interpretato. Tenendo conto dell’esperienza relativa a due Paesi dell’Unione europea, ossia la Germania e il Regno Unito, questo articolo sostiene che finora tale motivo di persecuzione è stato interpretato in modo prescrittivo, nel senso di richiedere ai richiedenti di conformarsi a concezioni limitate di orientamento sessuale e identità di genere, ma anche ristretto e unidimensionale, nel senso di ignorare altri aspetti dell’identità di un richiedente asilo e di assumere che i richiedenti SOGI sono esseri determinati unicamente sulla base della loro sessualità o del loro genere.

Individuals claiming asylum on the basis of sexual orientation or gender identity (SOGI) in Europe must prove to the authorities in question that they are ‘credible’ and meet the Refugee Convention criteria. In most cases, they do this by demonstrating that they belong to a ‘Particular Social Group’ (PSG). However, for some time advocates and researchers have argued that SOGI claimants are treated both unfairly and inconsistently. In this article we use queer and intersectional theories to argue that one explanation for this is how PSG membership has come to be interpreted. Looking at recent experience in two EU countries – Germany and the UK – we argue that this is done in a way that is both prescriptive, in requiring claimants to conform to minimal understandings of sexual and gender identity, but also narrow and one-dimensional, in ignoring other aspects of the claimant’s identity and assuming that SOGI asylum seekers are only sexual or gendered beings.

* Research and Teaching Fellows, University of Sussex, M.Dustin@sussex.ac.uk; N.Held@sussex.ac.uk. This article has been produced within the context of the project ‘Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum: A European human rights challenge – SOGICA’ (www.sogica.org). This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (grant agreement No 677693). Approval from the University of Sussex’ Ethics Committee has been obtained in the project’s first year (certificate of approval for Ethical Review ER/NH285/1). The author wish to thank all anonymous reviewers for their useful comments. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduction

There are 72 countries in the world that criminalise same-sex sexual activities¹. In addition, there are other countries that might not criminalise such activities, but where nevertheless Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer and Intersex (LGBTQI)+ people are persecuted (and prosecuted). When these individuals flee their country of origin and ask for asylum in Europe², they must prove that they have a well-founded fear of being persecuted because of one of the five grounds of the Refugee Convention³, and in most cases the ground used in LGBTQI+ cases is membership of a Particular Social Group (PSG). However, advocates and researchers have shown that people claiming asylum in Europe on grounds of sexual orientation or gender identity (SOGI) face particular challenges when making their claims: often their claim to fear persecution is challenged by decision-makers, and it is suggested they internally relocate and live discreetly. At other times, claimants fail because their credibility – especially their membership of a PSG – is questioned⁴.

The crux here, as we will demonstrate, is that establishing credibility on the basis of PSG membership can be – and often is – unfairly difficult for SOGI claimants. Their legal and social experiences (including experiences of persecution) are not only shaped by sexual orientation and gender identity but also by their intersections with sex, ‘race’, social class, religion, and other social identifiers; however these intersections are often not considered by decision-makers⁵.

This affects the fulfilment of the PSG requirement in ways that impact on the individual’s credibility. The one-dimensional approach to SOGI asylum mitigates against a full understanding of LGBTQI+ asylum-seekers’ experiences and therefore against fair treatment of these claims. In the context of asylum, a fair claims process is one in which decisions are consistent, transparent and based on a thorough examination⁶. However, if decision-makers do not hear and recognise the totality of an individual’s experience, they will be unable to make a thorough assessment of the circumstances of each case and give a reasoned decision in the case of refusal. As Millbank argues, credibility issues have a particular impact on SOGI claims:

Unlike disbelief of other aspects of a claimant’s narrative (such as past persecution, where future fear of persecution may still be made out), disbelief regarding actual group membership will almost always doom the claim to failure⁷.

In addition, as we will show, there is an inherent tension between, on the one hand, refugee law and decision-making – which is about establishing facts and definitive accounts – and on the other hand, sexual and gender identities, which are fluid both over time and at any one moment⁸.

In response to these issues, in this article, we argue that an intersectional queer approach can help improve fairness in decision-making processes on SOGI claims. Whilst there is now a large body of

- 1 A. Carroll, L. Ramón Mendos, *State-Sponsored Homophobia – A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, ILGA, 2017.
- 2 We focus our analysis of SOGI claims on the EU, especially two of its member states as SOGICA explores the social and legal experiences of asylum seekers across Europe claiming international protection on the basis of their sexual orientation or gender identity.
- 3 UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, Art. 1A (2).
- 4 ‘The credibility assessment involves a determination of whether and which of the applicants statements and other evidence can be accepted, and therefore may be taken into account in the analysis of well-founded fear of persecution and real risk of serious harm’. UNHCR, *Beyond Proof. Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, 2013, 13 at <http://www.unhcr.org/uk/protection/operations/51a8a08a9/full-report-beyond-proof-credibility-assessment-eu-asylum-systems.html#>.
- 5 N. Held, *What Does a “Genuine Lesbian” Look like? Intersections of Sexuality and “Race” in Manchester’s Gay Village and in the UK Asylum System*, in *Sexuality, citizenship and belonging: trans-national and intersectional perspectives*, Francesca Stella and others (eds), Abingdon, Routledge, 2016; N. Held, *‘They Look at You like an Insect That Wants to Be Squashed’: An Ethnographic Account of the Racialized Sexual Spaces of Manchester’s Gay Village*, in *Sexualities*, 2017, p. 535.
- 6 Other elements include equal access to non-discriminatory procedures, access to legal advice, and the right to appeal (see UNHCR, *Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, EC/GC/01/12, pp. 11-13).
- 7 J. Millbank, *The Ring of Truth: A Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, 1, p. 4.
- 8 L. Berg, J. Millbank, *Developing a Jurisprudence of Transgender Particular Social Group*, in *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, T. Spijkerboer (ed.), Abingdon, 2013, 122.

published literature on intersectionality, only a few studies explicitly link intersectionality and asylum⁹, and use the concept of intersectionality to understand the experiences of LGBTQI+ asylum seekers and refugees¹⁰. We contribute to this small, but growing, literature by identifying the ways in which an intersectional and queer theoretical approach can help to interrogate law's evidentiary requirements for sexual orientation and gender identity for the purposes of PSG membership, in a contribution that shows the benefits of uniting refugee studies with queer theory and intersectionality.

We will demonstrate these benefits by applying the lenses of queer theory and intersectionality to recent SOGI asylum cases in Germany and the UK. By juxtaposing policy and law in two EU Member States with some shared features as well as a number of differences, we suggest that, regardless of their specificities, in both countries LGBTQI+ asylum seekers are often required to conform to a flawed and outdated understanding of human sexuality and gender identity. Here, we focus on two particular subsets of cases: cases where claimants had children with opposite-sex partners and may identify or may be perceived as bisexual (or not), and cases where religion played a role in the decision-making on SOGI. We have chosen these cases as they demonstrate particularly well the effects of one-dimensional decision-making. As 'bisexual' cases reveal, sexual identity needs to be presented as something 'intrinsic' and 'fixed' for a claim to be accepted under the PSG requirement. In the case of Muslim gay men, for instance, as we will show, religion and sexuality are treated as separate entities, without recognition of how they interact to shape identity and the ways in which the person experiences persecution.

Before proceeding, we draw attention to the scope of this contribution and our choice of terminology. The acronym LGBTQI+ or variations of it are used in a broad and inclusive sense by self-identifying individuals and their advocates, but they can also be used to falsely homogenise people and experiences that are very different and disguise the lack of visibility of some groups of individuals within the larger group. This is certainly a phenomenon in the field of asylum. For instance, despite the broad use of acronyms such as SOGI and LGBTQI+ in Europe, there is little information about transgender people claiming asylum and their experiences in the UK and Germany – and none to be found about intersex-based claims or the experiences of intersex people claiming asylum¹¹. Whilst we seek to address and destabilise the broader categorisation of asylum seekers claiming on the basis of sexual orientation and gender identity, in this article our focus is on people who identify – and are identified by the asylum system – as lesbian, gay and bisexual, hence we move between SOGI, LGB and LGBTQI+ terminology depending on the specificity or breadth of the particular cases or situation under discussion.

Before outlining our theoretical framework and applying it to German and UK case law, we first provide an overview of our methodology.

-
- 9 H. Baillot, S. Cowan and V.E. Munro, "Hearing the Right Gaps": Enabling and Responding to Disclosures of Sexual Violence within the UK Asylum Process, in *Social & Legal Studies*, 2012, 269; G. Firth, B. Mauthe, *Refugee Law, Gender and the Concept of Personhood*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, p. 470.
 - 10 S.A. Berger, *Production and Reproduction of Gender and Sexuality in Legal Discourses of Asylum in the United States*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2009, p. 659; S. Epstein, H. Carrillo, *Immigrant Sexual Citizenship: Intersectional Templates among Mexican Gay Immigrants to the United States*, in *Citizenship Studies*, 2014, p. 259; R.A. Lewis, "Gay? Prove It": The Politics of Queer Anti-Deportation Activism, in *Sexualities*, 2014, p. 958; N. Markard, *Persecution for Reasons of Membership of a Particular Social Group: Intersectionality Avant La Lettre?*, in *Sociologia del diritto*, 2016, p. 59; D.A. Morgan, *Not Gay Enough for the Government: Racial and Sexual Stereotypes in Sexual Orientation Asylum Cases*, in *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues*, 2006, p. 135.
 - 11 The All Party Parliamentary Group (APPG) Global LGBT Rights report, for example, stated that '[w]hile many of the issues facing intersex people intersect with the concerns addressed in this inquiry, we felt that due to their distinctiveness they require an approach that is beyond the scope of the group. We however remain open to investigating the issues facing intersex people in the future'. All Party Parliamentary Group on Global LGBT Rights, *The UK's Stance on International Breaches of LGBT Rights* (APPG on Global LGBT Rights, 2016) 13. The UK Lesbian and Gay Immigration Group (UKLGIG) has stated that they receive few requests for support from transgender claimants and suspect these individuals are unaware that gender identity can be the basis for an asylum claim, UK Lesbian and Gay Immigration Group (UKLGIG), *Missing the Mark. Decision Making on Lesbian, Gay (Bisexual, Trans and Intersex) Asylum Claims* (UKLGIG, 2013), p. 7. The NGO Transgender Europe (TGEU) has stated that trans asylum claims are often mistakenly treated as sexual orientation-based claims because of lack of knowledge on the part of the interviewer or incredulity if the claimant has not had hormonal treatment or surgery, TGEU, *Trans Asylum Brochure*, 2016, 6, at http://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/10/TGEU_TransAsylumBrochure_WEB.pdf.

2. Methodology and the case studies

This article draws on interviews and tribunal observations in the UK and Germany, carried out as part of the project *SOGICA – Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum: A European Human Rights Challenge*. Focusing on Germany, the UK and Italy as case studies, the project explores the social and legal experiences of asylum seekers across Europe claiming international protection on the basis of their sexual orientation or gender identity (SOGI). The authors of this article are responsible for the German and the UK study respectively.

These two countries are similar and different in various respects concerning their legal system and how they treat SOGI claims. One of the major differences is that Germany's legal system falls within the civil law model. In contrast to the UK's common law and adversarial justice system, where the evidence gathering burden is shared between decision-maker and asylum-seeker but ultimately lies on the claimant, Germany adopts an inquisitorial system, i.e. the decision-maker takes the lead in gathering evidence. Because of the inquisitorial nature, judges are also actively involved in investigating the facts of the case (which can be highly intimidating for the claimant) rather than playing a role more like that of a referee during the hearing, as it is the case in adversarial systems. Thus, German courts are required to gain relevant evidence of their own initiative and are not bound by previous decisions¹². In contrast, in the UK, what are known as country guidance cases are particularly significant in influencing decisions in subsequent cases in a way that can be problematic. For example, the country guidance case *OO Algeria* in 2016 ruled that 'Where a gay man has to flee his family home to avoid persecution from family members, in his place of relocation he will attract no real risk of persecution because, generally, he will not live openly as a gay man', establishing a presumption that gay men in Algeria will not generally live openly that can be used in subsequent judgements¹³.

In terms of LGBTQI+ claims, both countries recognise claims on grounds of SOGI under the PSG requirement of the Refugee Convention. However, whilst in the UK this has been the case since 1999¹⁴, in Germany it has only been so since 2005, when Article 10 (paragraph 1) of the EU Qualification Directive 2004/83/EC¹⁵ was transposed into German law through the Residence Act¹⁶, recognising claims of persecution on grounds of SOGI.

When assessing membership of a PSG, both Germany¹⁷ and the UK¹⁸ follow the cumulative approach that has been suggested by the EU Qualification Directive¹⁹. This means that individuals need

- 12 SOGICA aims to explore whether the nature of law systems as inquisitorial or adversarial makes a difference to SOGI claims. The differences between the legal system in Germany and the UK might also impact on the implementation of gender guidelines for instance. In the UK, the judiciary has more agency because of the precedent case system whilst in Germany the courts should only interpret the German codification system. This might make it more possible for 'norm advocates' to influence the judiciary in the UK than this is the case in Germany, see N. Markard, *Review. Reviewed Work(s): Internationale Normen und das Rechtssystem: Der Umgang mit geschlechtsspezifisch Verfolgten in Großbritannien und Deutschland* by Heike Brabandt, in *Kritische Justiz*, 2011, 4, pp. 471-473.
- 13 *OO (Gay Men) Algeria* CG [2016] UKUT 00065 (IAC) para 5.
- 14 *Shah and Islam, Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*.
- 15 *Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted*, OJ L 304, 30 September 2004, pp. 12-23. In the meantime replaced with the recast *Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December, 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted*, OJ L 337, 20 December 2011, pp. 9-26.
- 16 See www.gesetze-im-internet.de/englisch_aufenthg/index.html
- 17 See para. 3.1 of the Asylum Act (Asylgesetz – AsylG) defines PSG according to the Qualification Directive; English version of the Asylum Act available at www.gesetze-im-internet.de/englisch_asylvg/index.html.
- 18 See for instance guidance for caseworkers Bangladesh, *Country Policy and Information Note: Sexual Orientation and Gender Identity, Bangladesh*, 2017, Home Office, at www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/660538/Bangladesh_-_SOGI_-_CPIN_-_v3.0__Nov_2017_.pdf.
- 19 'A group shall be considered to form a particular social group where in particular:
 - members of that group share an innate characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it, and
 - that group has a distinct identity in the relevant country, because it is perceived as being different by the surrounding society.'

to demonstrate *both* that they share an innate or fundamental characteristic or common background, *and* that they are perceived as having a distinct identity as a group. This approach has been widely criticised²⁰, and the UNHCR, for instance, suggests an alternative approach be used instead²¹. As the International Commission of Jurists (ICJ) points out, the tangible impact for individual claimants of a cumulative two-limb test is that ‘while certain applicants’ claims satisfied the protected characteristics limb, they did not meet the social perception limb, either because the group of LGBTI persons are not visible within a given society or because the individuals themselves are not ‘out’ enough to be perceived as part of that group by society’²².

Furthermore, we argue that the cumulative requirement to be LGB *and* be perceived as LGB corresponds with a reductive understanding of sexuality that focuses on fixed and distinct social identities emphasising innate and immutable characteristics. Furthermore, judgements based on the Convention’s PSG ground often focus on sexuality (or gender or gender identity) as the single identifier of an individual and leave out other Convention grounds, but this does not have to be the approach. As Markard argues, the PSG category could have the flexibility to accommodate intersectionality in a way other categories do not:

unlike the other Convention grounds – race, religion, nationality, political opinion – the particular social group category can be defined as widely or narrowly as necessary. This makes it uniquely suited to accommodating intersectional scenarios without running into the difficulties known from anti-discrimination law proper²³.

As we will show in the cases discussed below, there is little operationalisation of intersectionality on the basis that Markard advocates. Similarly, the potential contribution of queer theory to asylum decision-making has not been used, with success more likely for those claimants who conform and are able to conform to European asylum adjudicators’ expectations of sexuality.

A note on our choice of cases: at the time of writing this article, *SOGICA* is its second year and we are conducting the fieldwork in three countries, in each of which we are holding 40 semi-structured interviews with LGBTQI+ refugees, with lawyers, politicians, activists, decision-makers and people working in NGOs; conducting four focus-groups with LGBTQI+ refugees, and observing 10 Court hearings of SOGI cases. Two recent Court observations made us aware that the need for an intersectional queer approach becomes particularly relevant in ‘bisexual’ cases and cases where claimants come from an Islamic country. Hence, after we conducted these two observations, we searched asylum databases²⁴ for similar cases that also contained the keyword ‘particular social group’, which we discuss in this article. In addition, we draw on some of the interviews already conducted. However, as we have not yet carried out our data analysis, these findings remain preliminary.

(Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council, *ivi*).

- 20 Including Lord Bingham in the House of Lords: ‘If, however, this article were interpreted as meaning that a social group should only be recognised as a particular social group for purposes of the Convention if it satisfies the criteria in both of subparagraphs (i) and (ii), then in my opinion it propounds a test more stringent than is warranted by international authority. In its published Comments on this Directive (January 2005) the UNHCR adheres to its view that the criteria in subparagraphs (i) and (ii) should be treated as alternatives, providing for recognition of a particular social group where either criterion is met and not requiring that both be met.’ (*Fornah v. Secretary of State for the Home Department (linked with Secretary of State for the Home Department v. K)* [2006] UKHL 46, p.9, para 16.)
- 21 UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a Particular Social Group” Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or Its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 2012, para 11.
- 22 ICJ, *Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Practitioners’ Guide*, 2016, p. 201.
- 23 N. Markard, *Persecution for Reasons of Membership of a Particular Social Group*, *ivi*, p. 51.
- 24 Such as www.asyl.net for the German cases.

3. An intersectional queer theoretical approach to SOGI asylum

For almost 30 years, intersectionality has been used as a powerful tool in the Social Sciences and other disciplines to analyse the relationships between different forms of power and oppression. In legal studies, intersectionality has been used as a lens for dissecting anti-discrimination law²⁵ and human rights²⁶. In fact, US legal scholar and civil rights activist Kimberlé Crenshaw, who coined the concept, developed it specifically with regard to anti-discrimination legislation. She demonstrated how discrimination against black women is not adequately covered in anti-discrimination law that separates gender discrimination and race discrimination. As she argued: 'Because the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism, any analysis that does not take intersectionality into account cannot sufficiently address the particular manner in which Black women are subordinated'²⁷. As Schiek demonstrates with recent Court of Justice of the EU (CJEU) cases where intersectional discrimination was not recognised, this is generally the case in US and European Courts. However, she argues that 'current EU law can be interpreted as encompassing intersectionality'²⁸. As we will show, intersectionality can also be applied to the ways in which the Refugee Convention is used. Judgments based on the Convention PSG ground often focus on *either* sexuality *or* gender and leave out other Convention grounds, or do not consider the intersections between them. This is problematic because it fails to fully recognise the identity and related experiences of the individual and therefore fails to give the claimant a full and fair opportunity to make their case.

While, in this article, we contribute to the increasingly diverse application of the concept of intersectionality by using it as a tool for analysing SOGI-based asylum case law, the widespread use and appropriation of the concept needs to be looked at critically. As Salem argues, the intersectionality's critical roots have been erased by its journey from Black feminism into mainstream academia. In this article, we try to resist the co-option and depoliticisation of the concept by liberal feminism via the neoliberal academy. We do this by focusing on power relations when we look at the experiences of LGBTQI+ refugees rather than framing intersectionality around diversity²⁹.

Our second underpinning body of work, queer theory, emerged as a body of literature in diverse fields of studies in the early 1990s. Feminist theories, and lesbian and gay studies have been crucial in its development. Queer theory argues that sexuality is not inherent or natural, but is instead a product of social, cultural and historical processes. Furthermore, it is regulated, and discursively and performatively produced through the interrelation between knowledge and power³⁰. Sexuality is institutionalised: 'in the everyday political terrain, contests over sexuality and its regulation are generally linked to views of social institutions and norms of the most basic sort'³¹. This can be clearly seen in the asylum process, as we discuss below. Most importantly, all varieties of queer theoretical approaches share a common critique of fixed identity categories. They give us an understanding of sexual identity as fluid and liable to change during the course of a lifetime³². Offering unique analyses of the interconnections of gender and sexuality, Queer theorists have challenged the idea that both categories are based on a fixed binarism and are 'naturally' linked. Queer theory challenges the use of fixed identity categories and the idea that sexuality is based on the binarism of homosexuality/heterosexuality. They aim to destabilise this binary through the decoupling of the triad of sex, gender and sexual desire, and by conceptualising sexuality as always a work in process and constantly in the making³³.

25 D. Schiek, *On Uses, Mis-uses and Non-uses of Intersectionality before the European Court of Justice (ECJ): The ECJ rulings Parris (C-433/15), Achbita (C-157/15) and Bougnaoui (C-188/15) as a Bermuda Triangle?*, in *European (Legal) Studies On-line Papers*, 2018, 3, pp. 1-25.

26 K. Sheill, *Losing Out in the Intersections: Lesbians, Human Rights, Law and Activism*, in *Contemporary Politics*, 2009, 1, pp. 55-71.

27 K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139, 140.

28 D. Schiek, *On Uses, Mis-uses and Non-uses of Intersectionality*, *ivi*, p. 10.

29 S. Salem, *Intersectionality and its Discontents: Intersectionality as Traveling Theory*, in *European Journal of Women's Studies*, 2016.

30 J. Butler, *Gender Trouble*, Abingdon, 1990; A. Jagose, *Queer Theory: An Introduction*, New York, 1996; E.K. Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Los Angeles, 2008; M. Warner, *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*, Minneapolis, 1993.

31 M. Warner, *ivi*, p. xiii.

32 A. Jagose, *ivi*; S. Seidman, *Identity and Politics in a "Postmodern" Gay Culture: Some Historical and Conceptual Notes*, in *Fear of Queer*, *ivi*, pp. 105-142.

33 See for example J. Butler, *Gender Trouble*, *ivi*; A. Jagose, *ivi*; E.K. Sedgwick (n 33); M. Warner, *ivi*.

At the heart of this diverse body of writing is the concept of performativity, most prominently developed by Judith Butler and at its simplest ‘understood not as a singular or deliberate “act,” but, rather, as the reiterative and citational practice by which discourse produces the effects that it names’³⁴. Butler argues that there is a link between gender and (hetero)sexuality in the ways in which ‘under conditions of normative heterosexuality, policing gender is sometimes used as a way of securing heterosexuality’³⁵. The ‘natural order’ of heterosexuality is maintained through a fixed binary system of sex and gender, and this binarism is necessary for compulsory heterosexuality. We see assumptions of a ‘natural’ heterosexual order in which LGB people claiming asylum must conform to the narrative of gayness as exotic and ‘other’ in some of the cases we identify below.

Focusing on gender and sexuality as the main categories of analysis, queer theoretical approaches have been criticised for not thoroughly taking multiple forms of oppression into account³⁶ and for often merely adding ‘race’ to analyses of sexuality, rather than fully exploring the ‘raciality’ of queerness³⁷. In recent years, black and Asian queer theorists have challenged the white male and Western focus of queer theory³⁸. In addition, scholars have pointed to the silencing of discussion about the intersections with other categories in queer theoretical approaches, such as class, disability and trans identities³⁹. All of this is directly relevant to the experiences of LGB asylum seekers as we go on to explain.

Intersectional and queer theories and their analysis of the co-constitution of gender and sexuality could be productively used in SOGI asylum cases, informing decisions that are fairer because they speak to a more holistic understanding of the claimant’s identity. As Markard argues with regard to application of the Refugee Convention, ‘Courts do not always make use of the full potential of an intersectional analysis’⁴⁰ but as she further explains:

Gender doesn’t simply differentiate between “men” and “women”, to the exclusion of inter* bodies and certain trans* and inter* identities. It is also fundamentally heteronormative, predetermining the acceptable sexual preference and the specific way in which to “do gender”. [...] An intersectional approach can make these dimensions visible in a more differentiated manner⁴¹.

Judgements based on the PSG ground often focus on sexuality or gender, neglecting other Convention grounds, or the intersections with other grounds, as we show in our analysis of recent cases below. Moreover, the way that sexuality and gender are conceptualised in classifying SOGI claimants as members of a PSG is problematic for at least two reasons: firstly, all too often the way SOGI claimants live out and experience their sexuality or gender identity is measured against white, Western notions of sexual identity⁴²; secondly, other social categories that contribute to individual identity and experiences of persecution are not recognised to the degree that an LGB person claiming asylum is no more than the sum of their SOGI characteristics. As Morgan argues, such a racialised Western model of sexuality that is representing a stereotypical white male middle-class gay identity ‘presumes clarity of boundaries between heterosexual and homosexual identity and requires public expression of private and sexual behaviour’⁴³. In order to successfully demonstrate membership to a PSG, claimants need to conform to these Western stereotypes and a particular ‘gay lifestyle’, which then forms part of the evidence that is

34 J. Butler, *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of Sex*, Abingdon, 2011, xii.

35 J. Butler, *Gender Trouble*, *ivi* xii.

36 U. Erel, J. Haritaworn, E.G. Rodriguez, C. Klesse, *On the Depoliticisation of Intersectionality Talk: Conceptualising Multiple Oppressions in Critical Sexuality Studies*, in *Out of Place: Interrogating Silences in Queerness/Raciality*, M. Kuntsman (eds.), York, 2008, pp. 265-292, 265.

37 A. Kuntsman, E. Miyake, *Introduction*, in *On the Depoliticisation of Intersectionality Talk*, *ivi*, pp. 5-9.

38 See, for instance, D.L. Eng, J. Halberstam, J.E. Munoz, *Introduction: What’s Queer about Queer Studies now?*, in *Social Text*, 2005, 1-17; R.A. Ferguson, *Aberrations in Black: Toward a Queer of Color Critique*, Minneapolis/London, 2004; G. Gopinath, *Impossible Desires: Queer Diasporas and South Asian Public Cultures*, Durham/London, 2005; P.E. Johnson, M.G. Henderson (eds.), *Black Queer Studies: A Critical Anthology*, Durham/London, 2005; J.K. Puar, *Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times*, Durham/London, 2007; Sandeep Bakshi, Suhraiya Jivrai, Silvia Posocco (eds.), *Decolonizing Sexualities: Transnational Perspectives*, Oxford, 2016.

39 Y. Taylor, S. Hines, M. Casey (eds.), *Theorizing Intersectionality and Sexuality*, London, 2010.

40 N. Markard, *Persecution for Reasons of Membership of a Particular Social Group*, *ivi*, p. 59.

41 *Ibid.*, p. 56.

42 D.A. Morgan, *ivi*.

43 *Ibid.*, pp. 151-152.

expected for all SOGI claims (such as visiting gay bars, participating in lesbian and gay groups and at Gay Prides)⁴⁴.

However, research suggests these Western stereotypes are too culturally specific to capture the ways in which individuals making SOGI asylum claims understand and express their sexual orientation and gender identity⁴⁵. Rather, individuals might 'negotiate their sexual and gender identities across cultural constructions of gender liminality and sexual identity that do not match the repertoires of Western LGBTI identifications and lifestyles'⁴⁶; as 'their understandings and conceptualizations of sexual and gender identity shift and change over time and do not always align with Western notions of a linear and essentialized trajectory'⁴⁷. Decolonizing queer studies have pointed to the importance of bringing in transnational perspectives on the studies of sexuality to show how sexuality, race, gender and religion intersect transnationally⁴⁸.

As we will show with examples from Germany and the UK in the next section, sexual identity needs to be presented as something 'intrinsic', and not just a 'mere inclination' for a claim to be accepted. Decision-makers often use the binary framework of heterosexuality/homosexuality, where these are defined as opposites and the 'real' sexualities. Within this framework, asylum claims on grounds of bisexuality are difficult to establish as it is assumed that the person can choose between heterosexuality and homosexuality. As Rehaag shows in relation to Australian and North American case law, '... sexual minority refugee claims continue in practice to be measured against relatively rigid and immutable understandings of sexual orientations. Nowhere is this clearer than in the experience of bisexual refugee claimants'⁴⁹. As we will demonstrate, this is also a European phenomenon: we show how, by subsuming bisexuality under homosexuality, decision-makers fail to recognise bisexuality as the basis of PSG membership, thereby contributing to the invisibility and erasure of individuals claiming on this basis⁵⁰.

4. Applying the lens of queer theory and intersectionality

As we have outlined above, both German and UK decision-makers draw on the cumulative approach when assessing membership of a PSG, deploying a reductive understanding of sexuality. By focusing on 'bisexual' claims and those where the claimant's religion was a factor, we will show that the current understanding of sexual identity in both German and UK jurisprudence fails to draw on either queer theory or intersectionality.

4.1. Proving membership of a PSG in 'bisexual' claims

Our starting point is recognizing that the difficulty in meeting the requirements of both arms of the PSG criteria is greater for some applicants than others. In demonstrating that they have an innate or fundamental characteristic, and also that they are perceived as such, we see that claimants who identify as bisexual or who have, or have had sexual relationships with members of the opposite sex are particularly disadvantaged as they are often disbelieved, especially if they have children or have been married. It has been highlighted that having children (from previous relationships) can undermine the claims of lesbian women⁵¹, and this was one of the reasons given in a high profile UK High Court case:

44 *Ibid.* p. 147; C. Bennett, F. Thomas, *Seeking Asylum in the UK: Lesbian Perspectives*, in *Forced Migration Review*, 2013, p. 26.

45 E. Ou Jin Lee, S. Brotman, *Identity, Refugeeess, Belonging: Experiences of Sexual Minority Refugees in Canada*, in *Canadian Review of Sociology/Revue Canadienne de Sociologie*, 2011, p. 241.

46 C. Giametta, *The Sexual Politics of Asylum*, Abingdon, 2017, p. 587.

47 E. Ou Jin Lee, S. Brotman, *ivi*, p. 154.

48 S. Bakshi et al., *ivi*.

49 S. Rehaag, *Bisexuals Need not Apply: A Comparative Appraisal of Refugee Law and Policy in Canada, the United States, and Australia*, in *The International Journal of Human Rights*, 2-3, 2009, p. 420.

50 C. Klesse, *On the Government of Bisexual Bodies. Asylum Case Law and the Biopolitics of Bisexual Erasure*, in *The Body of the Governed: Race and Gender in the Era of Biopolitical Governance*, H. Richter (ed.), forthcoming, 2018; S. Monro, S. Hines, A. Osborne, *Is Bisexuality Invisible? A Review of Sexualities Scholarship 1970-2015*, in *The Sociological Review*, 2017.

51 R.A. Lewis, *ivi*.

The Claimant does not have membership of a particular social group whose sexual orientation is termed as lesbian. She had heterosexual relationships, marriages to men, and two children. She had no same-sex relationships in the period 2004-2011. The fact that she may also have had same-sex relationships does not bring her within membership of the particular social group whose sexual orientation is lesbian...⁵²

The applicant was told by the Home Office barrister: 'You can't be a heterosexual one day and a lesbian the next day. Just as you can't change your race'⁵³. Whilst the judge hearing the case did not rule out the possibility of bisexuality falling under PSG, he argued that 'the extent of such homosexual experience will weigh in a determination as to whether a person is genuinely a member of a particular social group'⁵⁴.

A further case in point is that of Orashia Edwards, a bisexual Jamaican man, who spent three and a half years battling attempts of the Home Office to deport him to Jamaica and was detained a number of times, after authorities claimed he was heterosexual and had just been 'experimenting' with men⁵⁵.

Turning to Germany, a recent court observation in an Administrative Court made clear the difficulties for bisexual/gay men, who had had previous heterosexual relationships and children. Here, the claimant had made an earlier asylum claim five years previously, which had been refused by the very same judge. During the second hearing the judge said:

To claimant: 'You told me then, that you had lived with a woman, but you were not married'.

To court: 'He has four children with this woman'.

To claimant: 'And then you told me that you have a new girlfriend in Holland, with whom you also have a child. And with that in mind, you tell me now that you're gay'.

To court: 'This story is so deceitful. He has five children and tells me that he is gay as a post/all the way ('stockschiwul')! That is outrageous!'

The judge then said to the witness:

'Maybe I tell you first what I know. I know that the claimant has four children in England, and that he has a small child in Holland and that he therefore obviously cannot be gay. If you tell me now that he's gay no matter what, then I'll pass that on to the district court, and then you can receive a prison sentence to up to 12 months'.

This was a highly intimidating experience for the claimant and the witness (compounded by the German inquisitorial system where the judge asks all the questions). Despite the witness giving evidence that he had had sex with the claimant on several occasions, the judge expressed his strong belief that the claimant had fabricated his case and dismissed the case straight after the hearing.

In a decision of the Administrative Court of Ansbach⁵⁶, an Iranian man, who had made a second asylum claim on grounds of sexual orientation ten years after his first claim had been refused (he had lived in Holland in the intervening period), had his claim refused with the reason given that he did not belong to a PSG. He claimed that he was homosexual, which was questioned by the Court:

When he was made aware of the fact that he obviously has also had sexual intercourse with a woman, which meant that his homosexuality was not clear and irreversible, the claimant said that this was true but that he was more attracted to men. Asked whether he currently practiced gay sex, the claimant said, not here, most recently in Holland⁵⁷.

Here the 'obviously' refers to the fact that he had a child with a woman. The Court then asked him whether 'he could not confine himself to heterosexual contacts in the event of a return to Iran'.

In this decision, the Court specified that as a consequence of the application of the Qualification Directive the case law of the Federal Administrative Court from 1988, in particular the requirement of

52 *R (on the application of Apata) v Secretary of State for the Home Department*, para. 23.

53 E. Dugan, *Home Office says Nigerian Asylum-seeker Can't Be a Lesbian as She's Got Children*, in *Independent*, 3 March 2015.

54 *R (on the application of Apata) v Secretary of State for the Home Department*.

55 N. Duffy, *Bisexual Jamaican Man Wins Right to Stay in the UK after Deportation Battle*, in *Pink News*, 18 January 2016.

56 AN 18 K 08.30201, 21 August 2008.

57 *Ibid.*, p. 3.

‘inescapability’⁵⁸, ‘may no longer be fully applicable’. Nevertheless, in order to assign him to a PSG, the Court needed to identify homosexuality as fundamental to his identity:

According to the Chamber, the claimant lacks a fundamental identity in this sense [according to the definition of the Qualification Directive] because, according to his own submissions, his homosexuality was even after the end of adolescence [...] not more than a mere inclination beside heterosexuality which he also lived⁵⁹.

The Court here drew on ‘the current state of science’, which showed that at the end of puberty, at the latest, a ‘fateful determination of homosexual behaviour’ exists that is not changeable. The Court further stated that the claimant himself submitted that his homosexuality was not ‘clear and irreversible’. The understanding of sexual identity used here is the same than the one that the Federal Administrative Court used in its 1988 decision. In order to demonstrate belonging to a PSG, the claimant needs to present a fixed and linear narrative of gay identity, according to a Western epistemic frame⁶⁰.

The Court decided that, as his homosexuality was a mere inclination, he was therefore not at risk of persecution (and also not at risk of his homosexuality being discovered). What is striking here is that bisexuality is subsumed by homosexuality to the extent that it is not even mentioned. In that sense, bisexual identities and the risk of persecution on grounds of bisexuality are erased⁶¹. Furthermore, and ignoring queer theoretical approaches, this conceptualisation of sexual identity is based on the binary framework of heterosexuality/homosexuality, with decision-makers assuming that if a person desires both men and women, they can choose a heterosexual identity, and therefore do not belong to a PSG.

This line of reasoning is also evident in a decision by the Administrative Court of Saarland where the judge argued:

Due to his predisposition, the claimant would be in a position to have a relationship with a woman in Algeria and to live out his sexuality. This assumption is supported by the fact that the claimant has already become the father of a child in Germany. In that respect, the present case differs from the cases decided by the CJEU, which dealt with the homosexual orientation of those affected. However, in case of homosexuality, the person would be, unlike the claimant in the present case, forced to completely deny their sexual orientation or to live in secret in order to escape the danger of punishment in Algeria⁶².

Even though the claimant had been in a two-year relationship with a man at the time this decision was made, the Court decided that the claimant could relocate within Algeria and carry on meeting men discreetly.

Under a queer theoretical lens, these cases illustrate how decision-makers often draw on collective heteronormative knowledge and essentialise non-heteronormative ways of life. This includes ideas of a homogenous gay group identity, and the devaluation and non-acceptance of bisexuality and fluid forms of sexuality, as advocated by queer theory⁶³. That the Courts apply a problematic understanding of sexual orientation and gender identity is also evidenced by the fact that the distinction made by queer theory between sex, gender and sexuality is often overlooked. For instance, in a recent case of a bi- and transsexual person from Russia, the Administrative Court of Potsdam accepted the claim for refugee protection on grounds of well-founded fear because of belonging to both, the social group of trans persons and the social group of bisexual persons⁶⁴. While mentioning bisexuality, the decision subsequently refers only to sexual orientation and homosexuality. In addition to subsuming bisexuality within homo-

58 The judgement used an understanding of ‘homosexuality’ as ‘irreversible’, ‘inescapable’ and even ‘fateful’ (BVerwGE, 15 March 1988, C 278.86, para. 18). From a queer theoretical perspective we can see that the decision was based on an understanding of sexual identity as definitively fixed at a particular age in an individual’s life: in this case, the Federal Administrative Court assumed that sexual identity is based on a ‘fateful’ sexual drive that is fully and forever established by the age of 18 (BVerwGE, 15 March 1988, C 278.86, para. 24).

59 AN 18 K 08.30201, *ivi*, p. 8.

60 S. Bakshi et al., *ivi*.

61 Rehaag sees the invisibility of bisexual refugee claimants as part of a larger social phenomenon: ‘That social phenomenon is that bisexuals tend to be invisible in – or actively erased from – both sexual minority and mainstream communities’ (S. Rehaag, *ivi*, pp. 423-424). See also C. Klesse, *ivi*.

62 VG Saarland, 5 K 534/13, 18 February 2015, pp. 11-12.

63 K. Hübner, *Fluchtgrund sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität: Auswirkungen von heteronormativem Wissen auf die Asylverfahren LGBTI-Geflüchteter*, in *Feministische Studien*, 2, 2016, pp. 242-260; A. Jagose, *ivi*.

64 VG 6 K 338/17.A, 27 April 2017.

sexuality, it also subsumed gender identity within sexual orientation. Not one single reference to gender identity was made so when the Court referred to 'sexual orientation', it is not clear what aspect of the claimant's identity was referred to. Hence, the Court seems to be unable to treat gender identity and sexual orientation as two separate yet intersecting categories. In addition, the Court appears unable to accept the fact that the claimant identifies as male, using only female pronouns to refer to him.

Because of the high threshold for bisexual claims, some claimants might therefore decide to claim on the grounds of homosexuality⁶⁵. The requirement to 'be' fundamentally LGB and also to be perceived as such in the absence of any familiar stereotypes of how a bisexual person appears and behaves, increases this likelihood. Yet, as Berg and Millbank point out, this can be a risky strategy:

It may therefore be tempting for advocates [for bisexual claimants] to choose a term to categorize the applicant's sexuality which they feel will give the best chance of success: homosexual. Yet this may not be an accurate descriptor of the applicant's identity or of their behaviour and, importantly, any shift in category or terminology by the applicant during the process is likely to be taken as adverse to their credibility or as suggesting a lack of conviction in their identity⁶⁶.

However, the dearth of successful bisexual claims for refugee status suggests a need to investigate further whether some bisexual people claiming asylum in Germany and the UK do indeed opt for what appears to be the safer option of claiming to simply be gay or lesbian.

4.2. Intersections of sexuality and religion

As well as the need to conform to stereotypes, UK and German cases suggest the need for an intersectional approach to recognise that sexual orientation is rarely the sole factor in the success or failure of an asylum claim. Other characteristics, in particular religion, are deployed – and deployed by both the claimant and the decision-maker.

Giametta's research suggests that LGBTQI+ asylum claims may be more difficult to prove when the claimants 'confess' their religious beliefs, as this may then be regarded as evidence that they are holding on to 'backward' beliefs in conflict with Western narratives of temporal progression in LGBTQI+ identity development that embrace the freedom of 'the West'⁶⁷.

Religion is a recurring element in the decision-making process, particularly for Muslim applicants. In the UK, they can expect to be asked by the Home Office first, whether they are practicing Muslims and, if they answer yes, how they can reconcile their religion with their sexual identity given Islam's views on homosexuality. One recent tribunal included the following exchange:

Home Office (HO) presenting officer: Your father was very influential and religious?

Appellant: Yes.

HO: And he was very strict?

A: Yes.

HO: Why is it that he never discussed with you the teachings of the Koran on homosexuality?

A: These issues are not discussed there, it is not in the culture, these sensitive issues.

HO: But if it's such a shunned thing why were you not warned against it?⁶⁸

In this case, the claimant's barrister was successful in arguing against this line of questioning. As he pointed out in his summary, if faith were incompatible with a gay identity, there would be no gay Catholics or Jews, and we all know that is not the case. Still, it is a common line of argument by Home Office presenting officers and barristers. A solicitor we interviewed specialising in LGBTQI+ claims confirmed that it is common that clients are asked if they practice their religion. If their answer is positive, they are then asked how they reconcile their religion with their sexual identity⁶⁹.

65 Khan interviewed one Ugandan bisexual woman who had stated in her application that she was a lesbian. TY Khan, *Investigating the British Asylum System for Lesbian, Gay and Bisexual Asylum-Seekers: Theoretical and Empirical Perspectives on Fairness*, PhD thesis, University of Liverpool 2016, at <http://livrepository.liverpool.ac.uk/3001777/>, p. 172.

66 L. Berg, J. Millbank, *Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants*, in *Journal of Refugee Studies*, 2, 2009, 213.

67 C. Giametta, *ivi*.

68 First tier tribunal PA00604/2018 Taylor House Tribunal Hearing Centre, London, 8 February 2018.

69 Interview on 6 November 2018 with Nath Gbikpi, solicitor with Wesley Gryk Solicitors, a firm with expertise in asylum claims made on the basis of sexual identity.

In the case of a Malaysian transgender man, it was the appellant's lack of religion that initially appeared to count against him, because '[t]here was general discrimination in society, including occasional harassment, against LGBT people in Malaysia. The difficulties were typically greater for those from Muslim societies in Malaysia but this did not include the appellant'⁷⁰. However, the decision stated that he had been arrested for dressing like a man and told by the police that 'the way he dressed was incorrect and that he was a woman and dressing as a man was not permitted in a Muslim country like Malaysia'⁷¹. His appeal was allowed on the implicit assumption that while there was no conflict between religion and gender identity for this particular individual, there was a conflict between the individual's gender identity and the religious values of the state and society from which he came.

Here we see the interplay of religion and sexuality, and the assumption by decision-makers that a non-conformist sexual identity is incompatible with faith – or at least with Islam. Yet, there was no suggestion in either of these cases that the applicant had claimed on the Convention ground of religion. Rather, both claims were dependent on demonstrating that the individual was gay or transgender, and was visible as such with the religious dimension playing an unacknowledged part in that.

In a German case by the Administrative Court of Dresden⁷², the claimant asked for recognition of refugee status on grounds of his religion *and* homosexuality. It seems that his 'main claim' was based on the conversion from Islam to Christianity and an 'added' reason was his homosexuality, and this is how the court dealt with the case. The Court decided:

According to the substantive and legal situation (para. 77 (1) AsylG), prevailing at the time of the oral proceedings, the claimant is entitled to the granting of refugee status in accordance with para. 3 (1) AsylG because of his conversion to Christianity and his homosexuality.

In the decision, the Court dealt with these two grounds separately. It first dealt with the claimant's religion and found that his Christian faith and religious activity belonged to his identity and that therefore his fear of persecution was well-founded⁷³. The Court then went on to argue:

Moreover, the Court is of the conviction that the claimant has to be granted refugee status in accordance with para 3 (1) AsylG on grounds of his homosexuality⁷⁴.

The Court further argued that there is a well-founded fear of persecution because the claimant belongs to a PSG. Hence, the Court separated his Christianity from his 'homosexual' identity and failed to recognise that his experience of persecution is because he is *both* a practising Christian and a gay man, refusing to acknowledge these intersecting forms of oppression. Whilst in this instance, this failure was not critical, as both the claimant's religion and his sexual orientation alone were sufficient grounds for granting refugee status, not recognising intersecting or multiple fears of persecution may be problematic for other claimants.

In failing to apply an intersectional lens⁷⁵, decision-makers may decide that a claimant does not belong to a PSG and grant subsidiary protection rather than refugee protection, as pointed out by Markard:

A careful consideration of the particular social group category with respect to age, gender and ethnicity as defining factors could lead to a more principled analysis and to recognition of refugee status rather than subsidiary protection⁷⁶.

However, applying an intersectional lens in decision-making might not always favour the claimant. We see this where the risk of persecution and the possibility of relocation is assessed as higher for educated

70 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), Appeal Number: PA/11792/2016, 10 August 2017, para. 21.

71 *Ibid.*, para. 27.

72 6 K 306/16.A, 19 April 2017.

73 From page 6 to 12 of the judgment.

74 *Ibid.*, p. 12.

75 For instance, the German database Asyl.net gives 166 results for the application of 'Soziale Gruppe' (social group) in court cases from 1998 to 2017; 41 of which are SOGI related. All but the one discussed here focus mainly on sexual orientation and/or gender identity without mentioning or including any other potential Convention grounds.

76 N. Markard, *Persecution for Reasons of Membership of a Particular Social Group*, *ivi*, p. 56.

middle-class Indian lesbians, as was decided in one UK case⁷⁷. Another case, *Y A* in 2015, demonstrates that recognition of multiple characteristics may support or undermine a claim based on sexual orientation⁷⁸. In this case of a gay man from South Africa, the Court heard that there was a greater risk to the appellant because of his Asian background⁷⁹, however, relocation would potentially be a 'reasonable option' to him as a 'well-educated man' and he was also described as 'from a wealthy background'⁸⁰. At the same time, it was also recognised that he only had a small pension and no savings⁸¹. The fact that he was Muslim was mentioned with the suggestion that his father opposed his involvement in affairs of the mosque because of the appellant's sexuality⁸². His age and health status – he was a 65-year-old man with an HIV infection – was recognised as increasing his vulnerability to violence⁸³. The judge decided in favour of the appellant finding that he had 'a well founded fear of persecution for reason of his social group as a gay man, and for the same reasons his removal would also be a breach of Article 3 ECHR'⁸⁴.

This case shows that while recognition of some factors might strengthen a claim for protection (sexual orientation, religion, age, health and income), recognition of other factors might weaken it (a high level of education and a wealthy background). However, we would argue that overall, a decision that recognises the totality of characteristics and attributes that contribute to any individual's experiences of persecution is more likely to be a fair decision than one that takes a skewed and simplistic approach to human identity and experience.

5. Conclusion

In this article, we have explored the ways in which queer theory and intersectionality can be used to shed light on why some SOGI asylum claims may fail and others succeed. We argue that, while the recognition that sexual minorities may constitute a Particular Social Group is a welcome one in facilitating recognition of these claims, this in itself is inadequate. The cases we bring together above show the inherent tension between, on the one hand, refugee law and decision-making – which is about establishing facts and definitive linear accounts – and on the other hand, sexual and gender identities – which are fluid both over time and at any one moment⁸⁵.

As we have shown, the way that LGB asylum seekers are required to prove they meet the criteria for asylum by demonstrating membership of a PSG fails to recognise the reality of their experiences as sexual minorities but also their experiences as individuals with other characteristics that contribute to their experiences of persecution. It is when an individual's story – and the identity that underpins it – is recognisable to decision-makers, that the basis of their claim can be fully understood. And for that to happen, the identity must be intelligible in terms of class, religion, age and a host of other factors, as well as sexuality and gender. We should recognise that what is 'performed' is not only sexuality and gender, but also race, class, age and other personal markers. If decision-makers do not hear and recognise the totality of an individual's experience, they will be unable to make a thorough assessment of the circumstances of each case and give a reasoned decision in the case of a refusal, thus failing to meet the key elements of 'fairness' in decision-making we identified at the outset.

In conclusion, intersectionality and queer theory may sound abstract and irrelevant to the *realpolitik* of asylum but they inform what we argue should be some guiding principles in decision-making. First and foremost, claimants should only be required to demonstrate that they have *either* a fundamental characteristic *or* that they are perceived as being different in the assessment of belonging to a PSG,

77 *AR and NH (lesbians) India CG*, [2016] UKUT 00066 (IAC), paras. 1 and 6.

78 *SSHD (Appellant) and YA (Anonymity order made)*, Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) Appeal Number: AA/04871/2015.

79 *Ibid.*, para. 6.

80 *Ibid.*, paras. 8 and 10.

81 *Ibid.*, para. 25.

82 *Ibid.*, para. 8.

83 *Ibid.*, para. 25.

84 *Ibid.*, para. 26.

85 L. Berg, J. Millbank, *Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants*, *ivi*; L. Berg, J. Millbank, *Developing a Jurisprudence of Transgender Particular Social Group*, *ivi*, p. 122.

rejecting the restrictive nature of the cumulative approach currently deployed⁸⁶. Secondly, we suggest that decision-makers need training to understand and apply the nuanced understandings of identity and sexuality that queer theory and intersectionality provide⁸⁷. An understanding of the diversity *within* LGBTQI+ claims and of the intersectional nature of identity is critical to the development of an asylum system that is responsive to applicants' experiences, rather than one that imposes a single model of sexual minority identity based on Western stereotypes. In this contribution, we have shown the urgent need to apply the knowledge and understanding of queer theory and intersectionality to asylum, and have started to map what is surely a larger piece of work needed to better understand SOGI asylum claims across Europe.

86 N. Ferreira, C. Danisi, M. Dustin, N. Held, *The reform of the Common European Asylum System: Fifteen Recommendations from a Sexual Orientation and Gender Identity Perspective*, SOGICA/University of Sussex, 2018, Recommendation 11, available at www.sogica.org/en/database/ferreira-danisi-dustin-and-held-the-reform-of-the-common-european-asylum-system-2018.

87 As suggested by Nicole Laviolette for example: N. Laviolette, *Overcoming Problems with Sexual Minority Refugee Claims: Is LGBT Cultural Competency Training the Solution?*, in *Fleeing Homophobia*, *ivi*.

Vitor Lopes Andrade*

Refugee Status Determination and Local Integration of Asylum Seekers and Refugees on the Basis of Sexual Orientation in Brazil and Spain

Summary

1. Introduction. – 2. Refugee Status Determination in Brazil and Spain. – 2.1 Brazil. – 2.2. Spain. – 3. Local integration: strategies in Brazil and Spain. – 3.1 Experiences from São Paulo, Brazil. – 3.2 Accounts from Valencia, Spain. – 4. Conclusion.

Abstract

Nonostante i primi casi in cui è stato garantito l'asilo per motivi legati all'orientamento sessuale risalgono agli anni Ottanta, la maggior parte delle ricerche in questo ambito sono emerse a partire dal 2010. Molte di queste si sono concentrate su questioni relative alla determinazione dello status di rifugiato, tralasciando il tema dell'integrazione a livello locale. Per questa ragione, se escludiamo gli studi sulla determinazione dello status nei Paesi europei, vi è una mancanza di studi in prospettiva comparata sul tema. Questo contributo cerca quindi, per la prima volta, di esplorare la questione dell'asilo in ragione dell'orientamento sessuale adottando una prospettiva Nord-Sud (del mondo), analizzando sia la determinazione dello status sia l'integrazione a livello locale in Brasile e Spagna.

Despite the fact that the first cases of asylum granted for reasons of sexual orientation date back to the 1980s, most research on this issue began to emerge only in 2010. Most of this literature is about Refugee Status Determination (RSD) and does not approach the process of local integration. There is a lack of comparative studies among different States, with the exception of the ones relating to RSD in European countries. This paper is therefore a first attempt at approaching asylum based on sexual orientation in a North-South perspective, analysing RSD and local integration in Brazil and Spain.

1. Introduction

Beginning in the 1980s, some countries have started to consider granting asylum to persons fearing persecution on account of their sexual orientation¹, resorting to the 1951 Geneva Convention grounds for 'membership of a particular social group'.

* PhD student, University of Sussex, V.Andrade@sussex.ac.uk.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 The first country to recognize sexual orientation as relevant for finding persecution was the Netherlands, in Afdeling rechtspraak van de Raad van State (Judicial Division of the Council of State), 13 August 1981, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1981, 5, *Gids Vreemdelingenrecht* (oud) D12-51. See S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia. Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 2011, p. 19.

There are almost 75 States where consenting same-sex sexual activity between adults is currently criminalised². Apart from these countries there are others where, despite the fact that homosexuality is not legally criminalised, those who do not conform to what is considered 'standard' heterosexual behaviour suffer prejudice and discrimination from their own families, in their workplace and from the wider society. Consequently, an alternative is to flee to another State where it is believed that there is more sexual and affective freedom and it is possible to claim international protection.

Although the first cases date back to the end of the 1980s and beginning of the 1990s, academic research and reports from civil society on sexual orientation-based asylum claims have begun to emerge only in 2010³ and are now increasing.

Relating to the thematic perspectives, as Venturi⁴ has highlighted, most of the literature is about Refugee Status Determination (RSD). There are academic studies⁵, reports from civil society⁶, the documents of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), and other work, which approach different legal and judicial aspects of the recognition of asylum to persons who claim to have faced persecution or have the well-founded fear of being persecuted because of sexual orientation in their country of origin.

Nevertheless, there is a shortage of work concerning the local integration of refugees and asylum seekers who are claiming international protection on the grounds of sexual orientation, or research that focuses on the social reality that they face in host countries. For instance, are asylum seekers/refugees who identify themselves as gay, lesbian or bisexual⁷ discriminated against in the host countries? How do their heterosexual fellow citizens deal with them? Do they establish close relationships with the local LGBTI+ community? A few reports from civil society approach these questions⁸.

Relating to the methodological perspectives, there are few comparative studies among different States. The comparative works – which approach RSD as well – are limited to European countries⁹. There is a lack of research that comparatively analyses countries from the Global North with the Global South, concerning both RSD and social aspects.

Having these considerations in mind, this paper is a first attempt to analyse and to compare RSD/ and local integration of non-heterosexual asylum seekers and refugees from a North-South perspective, drawing examples from Brazil and Spain.

- 2 ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), *State-sponsored Homophobia. A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, 2017.
- 3 One of the first comprehensive works was S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*. This report approaches the Refugee Status Determination (RSD) in European countries.
- 4 D. Venturi, *Reflections on Empirical Research with LGBTI Refugees – A Legal Scholar's Perspective*, in *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2017, p. 20.
- 5 T. Oliva, *Minorias Sexuais enquanto 'Grupo Social' e o Reconhecimento do Status de Refugiado no Brasil*, Brasília, UNHCR Brasil, 2012; L. Jubilit, *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, São Paulo, Editora Método, 2007; N. Ferreira, *Portuguese Refugee Law in the European Context: The Case of Sexuality-based Claims*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015; M. Dustin, N. Ferreira, *Canada's Guideline 9: Improving SOGIE Claims Assessment?*, in *Forced Migration Review*, 2017; N. Held, *What Does a 'Genuine Lesbian' Look Like? Intersections of Sexuality and 'Race' in Manchester's Gay Village and in the UK Asylum System*, in *Sexuality, Citizenship and Belonging: Trans-national and Intersectional Perspectives*, F. Stella, Y. Taylor, T. Reynolds, A. Rogers (eds.), London, Routledge, 2016; S. Arnold, *Nexus with a Convention Ground: The Particular Social Group and Sexual Minority Refugees in Ireland and the United Kingdom*, in *Irish Law Journal*, 2012; J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género*, Madrid, Cuadernos del Congreso de los Diputados 14, 2016.
- 6 ILGA Europe, *Good Practices related to LGBTI Asylum Applicants in Europe*, 2014; UK Lesbian & Gay Immigration Group (UK-LGIG), *Failing the Grade. Home Office Initial Decisions on Lesbian and Gay Claims for Asylum*, 2010; Ead., *Missing the Mark. Decision-making on Lesbian, Gay (Bisexual, Trans and Intersex) Asylum Claims*, 2013; Stonewall, *No Going Back. Lesbian and Gay People and the Asylum System*, 2010.
- 7 Individuals may be persecuted, and therefore claim for asylum, due to their actual or perceived sexual orientation. The focus of this paper is on asylum seekers and refugees who identify themselves as lesbian/gay/bisexual or who do not use these LGB categories to identify themselves but have affective desires and/or sexual practices with same-sex people.
- 8 HIAS, *Triple Jeopardy: Protecting at-Risk Refugee Survivors of Sexual and Gender-based Violence*, 2012; People Against Suffering Oppression and Poverty (PASSOP), *LGBTI Refugee Support and Advocacy Project*, 2012; Metropolitan Support Trust, *Over not Out. The Housing and Homelessness Issues Specific to Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Asylum Seekers*, 2009; Micro Rainbow International, *Poverty, Sexual Orientation and Refugees in the UK*, 2013; Equipping Professionals for Supporting LGBT Refugees – EPSILON project, *Supporting and Including LGBTI Migrants: Needs, Experiences & Good Practices*, 2017.
- 9 ILGA Europe, *Good Practices*, *ivi*; S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*.

While RSD clearly identifies a process experienced by non-heterosexual claimants, the concept of local integration is still controversial since it is associated with more than one meaning¹⁰. Many authors agree that local integration must be understood as a two-way process involving not only the asylum seekers and refugees, but also the host society¹¹.

Integration means, therefore, the process that develops from the moment the asylum seeker or refugee starts to interact in a new context, in the host country, with the receiving society¹². It is not a synonym for assimilation; it means intercultural dialogue. The process of integration requires adaptation on the part of the newcomers (that is not to say that they need to lose their own cultural manifestations, identities and values, but that they begin to incorporate other ones in the host country) and adaptation on the part of the host society, which requires an effort from the locals to understand the 'Other'. In this sense, discrimination, xenophobia, racism and homophobia towards asylum seekers and refugees in the host society are obstacles to an effective local integration.

Different items may be analysed concerning local integration, such as housing, employment, access to educational and health services, etc. For the purpose of this paper, the focus will be placed on the relation between non-heterosexual asylum seekers/refugees and the local LGBTI+ community. The (lack of) partnerships among NGOs that work for refugees' assistance and LGBTI+ organizations, as well as the consequences for non-heterosexual applicants, are investigated.

Coming to the countries on which this paper focuses, Brazil was not considered a traditional 'country of asylum' because of the low number of claims. This reality seems to have changed in 2013, when the country received more than 17,000 asylum seekers. While in 2014 and in 2015 Brazil received 28,000 claims per year, in 2017 it reached the highest number of applications amounting to 33,866 claims¹³. According to Brazilian authorities and NGOs, the number of claims based on sexual orientation has recently been increasing¹⁴. However, official data about these claims are not published¹⁵.

Spain, in turn, is not known as a traditional 'country of asylum'. The number of claims is low comparing to other European Union (EU) Member States, but it has been increasing recently. In 2017, it reached the highest rate: 30,400 claims¹⁶. The extremely low percentage of applicants who are granted refugee status and the policy of increasing control over its external boundaries seem to have discouraged many asylum seekers from claiming international protection in Spain for many years¹⁷. Nevertheless, concerning non-heterosexual asylum seekers, Spain has been a desirable destination¹⁸. Like in Brazil, official data about claims based on sexual orientation are not published¹⁹.

10 S. Castles, M. Korac, E. Vasta, S. Vertovec, *Integration: Mapping the Field*, London, Home Office Immigration Research and Statistics Service, 2002; J. Crisp, *The Local Integration and Local Settlement of Refugees: A Conceptual and Historical Analysis*, in *New Issues in Refugee Research*, Geneva, UNHCR, 2004; A. Ager, A. Strang, *Understanding Integration: A Conceptual Framework*, in *Journal of Refugee Studies*, 2008.

11 *Ibid.*; J. Moreira, *Refugiados no Brasil: Reflexões Acerca do Processo de Integração Local*, in *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 2014.

12 J. Moreira, *Refugiados no Brasil*, *ivi*.

13 Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), *Refúgio em Números – 3ª Edição*, 2018, at www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados-apos-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf.

14 Even with a homophobic society, Brazil provides a better environment for non-heterosexual asylum seekers and refugees when compared to their countries of origin (e.g. Nigeria, Cameroon, Sierra Leone). For example, same-sex marriage is legal in the country and the biggest Pride in the world is held in São Paulo. Furthermore, the Brazilian Asylum Act is considered very progressive (it is possible to work legally as an asylum seeker, for instance). For a discussion about Brazil as a host country for non-heterosexual asylum seekers and refugees, see V. Andrade, *Imigração e Sexualidade: Solicitantes de Refúgio, Refugiados e Refugiadas por Motivos de Orientação Sexual na Cidade de São Paulo*, Master's Thesis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017.

15 According to a civil society organization, 200 sexual orientation-based applications were submitted in the city of São Paulo from January 2013 to February 2016. 95% of them were from Africa. See V. Andrade, *Imigração e Sexualidade*, *ivi*.

16 Eurostat, *Asylum in the EU Member States*, 2018, at <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8754388/3-20032018-AP-EN.pdf/50c2b5a5-3e6a-4732-82d0-1caf244549e3>.

17 J. Durà Tohus, *Perspectiva Global del Asilo y Refugio en España*, in *Libertad de Circulación, Asilo y Refugio en la Unión Europea*, I. Fabado (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 105.

18 Some of the reasons are: the image of sexual freedom associated with the country; the closeness to North Africa, a region where homophobia is widespread; the linguistic and cultural ties with applicants from former colonies, such as Colombia, Venezuela, El Salvador and Honduras.

19 According to Jaume Durà Tohus, CEAR-Valencia's coordinator, there are about 50-100 claims regarding sexual orientation and gender identity per year just in the city of Valencia. Cameroon, Gambia, Algeria, Morocco, Russia, Honduras, El Salvador

These two countries were chosen for this North-South analysis because both of them share a similar context: they were not traditional destinations for asylum seekers until some years ago, they receive similar numbers of applications currently and have been receiving claimants on the basis of sexual orientation. At the same time, Brazil and Spain are significantly distinct in terms of legislation. The Brazilian Asylum Act²⁰ is considered very progressive, but there is no explicit mention of sexual orientation as a reason for claiming asylum. On the other hand, the Spanish Asylum Act²¹ explicitly mentions sexual orientation as an element that may be useful to identify a particular social group, but there are some restrictions regarding this ground that do not apply to other reasons of persecution.

The paper is organised as follows. The first part deals with the refugee status determination of claims based on sexual orientation in the two countries. The second section analyses (the lack of) local integration focusing on the relation between non-heterosexual asylum seekers/refugees and the LGBTI+ community in São Paulo (Brazil) and Valencia (Spain)²². Both sections are built on research carried out into two methodological stages. Firstly, a specialized bibliography on RSD and local integration was consulted²³. The Brazilian and the Spanish Asylum Acts were also analysed at this stage. Secondly, ethnographic fieldwork was carried out in the city of São Paulo²⁴ and in the city of Valencia²⁵.

2. Refugee Status Determination in Brazil and Spain

2.1. Brazil

The Brazilian Asylum Act²⁶ has been considered a very progressive law²⁷. At least three reasons may be highlighted for this consideration. First, apart from the five 1951 Geneva Convention grounds for granting asylum²⁸ – i.e. well-founded fear of being persecuted due to race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion –, the Act also includes the ‘generalized and mas-

and Colombia are some of the countries of origin.

20 Lei n. 9.474, 22 de Julho de 1997, *Define Mecanismos para a Implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951*.

21 Ley 12/2009, de 30 de Octubre, *Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria*, in BOE, n. 263 of 31 October 2009.

22 São Paulo and Valencia are capitals of States/autonomous communities that have been receiving a large number of asylum claims in each country. Both of them have public institutions and NGOs that work for refugees' assistance and protection, as well as traditional LGBTI+ organizations. However, the manner in which these institutions and organizations act towards non-heterosexual asylum seekers and refugees in the two cities is completely different.

23 Concerning RSD in Brazil, see T. Oliva, *Minorias Sexuais*, *ivi*; L. Jubilut, *ivi*; R. Leão, *O Reconhecimento dos Refugiados pelo Brasil – Decisões Comentadas do CONARE*, UNHCR Brasil e CONARE, 2007. Regarding the same issue in Spain, see J. Díaz Lafuente, *ivi*; Spanish Ombudsman, *A Study of Asylum in Spain. International Protection and Reception System Resources*, Madrid, 2016. In the Spanish context it was also possible to access three important reports: CEAR-Euskadi, *Persecución por Motivos de Género y Derecho de Asilo: Del Contexto Global al Compromiso Local. El sistema de Asilo Español Frente a la Violación de los Derechos Humanos de las Mujeres y de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales*, Bilbao, 2009; S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia. ivi*; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Informe 2017: Las Personas Refugiadas en España y Europa*, 2017.

24 This fieldwork was conducted from January to May 2016 for this author's masters thesis. During this period, some non-heterosexual asylum seekers and refugees were met: a lesbian refugee from Cameroon and six gay/bisexual male asylum seekers from Nigeria, Sierra Leone, Democratic Republic of Congo, Ghana and Syria. In São Paulo, apart from these asylum seekers/refugees, NGO's social workers and lawyers were also interviewed as well as the UNHCR representative in Brazil and the president of the CONARE, i.e. the government agency responsible for the recognition of refugee status in Brazil. Interviews also included members from two LGBTI+ organizations.

25 This fieldwork was carried out in Valencia during June 2016 and June 2017. Interviewees include Professor Rosario García Mahamut, who was the director-general of domestic policy of the Minister of Interior in 2009 when the Spanish Asylum Act was written; two lesbian asylum seekers from Russia (although informally); the coordinator of the NGO CEAR-Valencia (*Comisión Española de Ayuda al Refugiado del País Valenciano*) and one of the coordinators of LAMBDA, a LGBTI+ organization.

26 Lei n. 9.474, *ivi*.

27 L. Jubilut, *ivi*; R. Leão, *ivi*; J. Moreira, *ivi*.

28 The 1951 Geneva Convention was ratified by Brazil in 1961. See Decreto n° 50.215, 28 de Janeiro de 1961, *Promulga a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, Concluída em Genebra, em 28 de Julho de 1951*.

sive violation of human rights' ground from the Cartagena Declaration²⁹. Second, the law permits asylum seekers to work legally in the country even before being granted refugee status, with the consequence that all asylum seekers are allowed to work. Third, despite being a government agency, the National Committee for Refugees (CONARE) was created by the Act as a 'tripartite structure': in addition to the Government, civil society and the UNHCR being represented³⁰.

In order to apply for international protection, the asylum seeker must go firstly to the Federal Police and complete an application form. After some months or, even, years³¹, the claimant is interviewed by a CONARE's official. This is the crucial moment in the process, when the asylum seeker tells his/her story and the official decides about the credibility of the narrative. When the official's report on the applicant is written, the CONARE's plenary body determines whether or not the refugee status is granted. Finally, after CONARE's decision, if the claimant was denied refugee status, he/she can make an appeal to the Minister of Justice.

There is no explicit mention of sexual orientation in the Brazilian Asylum Act, nor is the 'particular social group' defined. However, for CONARE sexual minorities may be understood as members of a particular social group if they were persecuted or had the well-founded fear of being persecuted because of their sexualities in their countries of origin.

The first time asylum was granted due to sexual orientation in Brazil dates back to 2002 for a gay Colombian couple³². They lived in a region dominated by a paramilitary group that killed homosexuals³³ and, because they were a gay couple, that group started to threaten them. This favourable decision to grant asylum showed two relevant considerations concerning CONARE's policy³⁴. First, to grant asylum, CONARE does not deem it necessary that the country of origin criminalises same-sex relations, in light of the fact that in Colombia this criminalisation did not exist. Second, it accepts that sexual orientation-based applicants can be persecuted by non-State actors, taking into account that the Colombian couple were persecuted by a paramilitary group.

According to the former CONARE's President, two aspects are fundamental for RSD in Brazil: firstly, the situation in the country of origin; and, secondly, the credibility assessment on the claimant's story concerning both the situation in his/her country of origin and his/her sexuality³⁵. On the one hand, in order to access legal and social Country of Origin Information (COI), CONARE's officials are used to carrying out research which includes, as relevant sources, reports from United Nations agencies and civil society organizations. The fact that UNHCR is represented within CONARE, as in other countries³⁶, is useful when there are no available documents/reports on a specific country. On the other hand, it seems that CONARE does not have a clear policy regarding how to check the claimants' well-founded fear of being persecuted in the country of origin.

Although CONARE commonly requires that the asylum seeker has suffered a persecution to be granted refugee status³⁷, some claimants who did not suffer past persecutions were nevertheless granted

29 *Cartagena Declaration on Refugees, Cartagena das Índias*, 22 November 1984, at www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf. This Declaration is the result of the 'Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama', which was held in Colombia in 1984. It was adopted on the basis of the need to re-evaluate the international protection of refugees in the face of the serious crisis in Central America.

30 CONARE is composed by five Ministries' representatives (Justice – who is the president –, Foreign Affairs, Labour, Health and Education), a Federal Police's representative and a representative from a civil society organization that works for refugees' assistance and protection. These seven actors vote for the claim's grant or refusal. UNHCR is also always a plenary member and has the right to voice, but not to vote.

31 Currently the average time is around 2 years. Information available at <https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-tem-86-mil-estrangeiros-aguardando-resposta-sobre-refugio-e-14-funcionarios-para-avaliar-pedidos.ghtml>.

32 R. Leão, *ivi*. This is the first case that is known because R. Leão, who worked at CONARE, reported it in his book. It is possible that refugee status was granted on the grounds of sexual orientation even before, but it is not reported due to the lack of official data published about these claims in Brazil.

33 See Immigration and Refugee Board of Canada, *Colombia: Treatment of Sexual Minorities; Availability of State Protection and Support Services* (2012-June 2015), 24 June 2015, at www.refworld.org/docid/55924c3a4.html.

34 T. Oliva, *ivi*.

35 V. Andrade, *Imigração e Sexualidade*, *ivi*, pp. 201-203.

36 See, for example, the case of Italy where the UNHCR is represented in *Commissioni Territoriali*, i.e. the adjudicator body for refugee status in Italy. More info available at www.interno.gov.it/it/ministero/dipartimenti/dipartimento-liberta-civili-e-immigrazione/commissione-nazionale-diritto-asilo.

37 According to one of the lawyers interviewed (São Paulo, 6 May 2016), this happens when the country of origin does not criminalise same-sex relations. In the cases where there is criminalisation, if the applicant is believed to be gay, lesbian or bisexual,

asylum. For example, during my fieldwork research, one of the reported cases was related to a man who had never expressed his non-heterosexual orientation in his country of origin because he was afraid of the possible consequences due to the social discrimination and persecution towards gays, lesbians and bisexuals. Therefore, he was not persecuted, but he had the fear of being persecuted. CONARE found that his fear was well-founded and he was granted asylum³⁸.

It is important to note that, according to the 1951 Geneva Convention and to the Brazilian Asylum Act, it is not necessary that the well-founded fear of being persecuted is based on a past persecution. The purpose of refugee status is to protect persons who have the well-founded fear of being persecuted, not having necessarily experienced a previous persecution³⁹. For instance, if a non-heterosexual person lives in a country where same-sex relations are not socially accepted and where gay/lesbian/bisexual people are discriminated against (if not killed) without the possibility to enjoy State's protection, this person does not need to wait until he/she is directly and effectively persecuted to prove the well-founded fear of being persecuted. The context itself is sufficient to prove this well-founded fear.

Having said that, it seems that CONARE's policy regarding how to check the well-founded fear is not clear and that it varies over time depending on the Committee's officials.

In relation to the credibility assessment on the claimant's narrative, in Brazil it is necessary that the applicant's story about what happened or could have happened in his/her country of origin is coherent with the relevant COI. In addition, and more importantly, the narrative of his/her sexual orientation needs to be considered credible by the CONARE's official, that is, the claimant has to be believed as truly being – or being possibly perceived as – a non-heterosexual person.

CONARE's policy concerning credibility shows three good practices. First, there is no indication that the discretion requirement⁴⁰ has ever been used as a justification for denying refugee status⁴¹. Second, the fact that the claimant had been in a heterosexual marriage or has children is not considered evidence *per se* that he/she is not a 'true' homosexual. For instance, in 2015 a lesbian asylum seeker from Cameroon and her daughter were granted refugee status despite the fact that this woman married a friend and had a baby in her country of origin as an attempt to stop being threatened due to her sexual orientation. Third, no proofs or tests concerning sexual orientation, such as medical examinations or witness statements, are required⁴². The applicant's sexual orientation is based on self-identification⁴³.

However, the criteria used for credibility assessments are not always clear. As in other countries, the issue "truth vs. lie" is a constant worry in Brazil, especially as far as claims based on sexual orientation are concerned. Some of CONARE's officials and other people who work on RSD consider these types of claims to be 'easier' because of the difficulty regarding how 'to prove' the applicant's sexual orientation. The idea is that some asylum seekers would take advantage of it, lying about their own sexualities to be granted asylum⁴⁴. Nevertheless, it is not easy 'to prove' persecution based on religion or political opinion as well, and for these two grounds there is no assumption, at least not on the same intensity, that the asylum seekers will lie.

the criminalization itself would be enough for finding a well-founded fear of persecution.

- 38 The lawyer that reported the case during fieldwork (São Paulo, 6 May 2016) did not provide the claimant's nationality.
- 39 UNHCR states: 'Past persecution is not a prerequisite to refugee status and in fact, the well-foundedness of the fear of persecution is to be based on the assessment of the predicament that the applicant would have to face if returned to the country of origin'. UNHCR, *Guidelines on International Protection no. 9. Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2012, p. 6.
- 40 It refers to the consideration that if the applicant conceals his/her sexual orientation in the country of origin, he/she will not be discriminated against or persecuted.
- 41 T. Oliva, *ivi*, p. 24.
- 42 If the asylum seeker has any document that may be used in his/her favour – for instance, a newspaper of his/her country of origin in which his/her name appears as a wanted person to be arrested because of his/her sexual orientation; proof of the persecution he/she faced, like emails or messages on the mobile; any kind of document that shows he/she has been living in a same-sex relationship –, he/she may show it during the CONARE's interview. Nevertheless, it is not a requirement to be granted asylum. If there is no document/proof, but the narrative is considered credible, the asylum seeker may be granted refugee status.
- 43 Information provided during interviews with the former CONARE President (São Paulo, 7 March 2016) and two lawyers from civil society who are experts on Human Rights and work for refugees in Brazil (São Paulo, 6 and 11 May 2016). For the transcripts of the interviews, see V. Andrade, *Imigração e Sexualidade*, *ivi*, pp. 202-206.
- 44 Information provided by a lawyer from civil society who works for refugees in Brazil (11 May 2016). For the transcript of the interview, see V. Andrade, *ivi*, p. 210.

Credibility assessment may sometimes rely on stereotypes and Western conceptions. According to two of the lawyers I have interviewed⁴⁵, a CONARE official asked a gay claimant if he was 'top' or 'bottom' when having sex with other men. The applicant answered he preferred to be 'top' (i.e. to penetrate instead of being penetrated during anal sex). Taking this information into account, the official wrote his report stating that refugee status should be denied in this case, because the asylum seeker was not a 'true' gay. This report was contested, the official was removed from his position at CONARE and the applicant was eventually granted asylum.

For this former official, there was an association between male homosexuality and femininity, that is, just men who are sexually penetrated (position associated to femininity) are 'true' gays. It shows how stereotypical perceptions negatively influence the decision on refugee status. Furthermore, it is totally inadequate to pose questions about sexual practices during a RSD interview 'to prove' whether the applicant is gay or not. As suggested by UNHCR, 'detailed questions about the applicant's sex life should be avoided. It is not an effective method of ascertaining the well-foundedness of the applicant's fear of persecution on account of his or her sexual orientation and/or gender identity'⁴⁶. Moreover, it is even possible that the claimant identifies himself/herself as gay/lesbian/bisexual but had not expressed his/her sexual orientation in the country of origin due to the fear of being persecuted.

Summing up, even if it does not include any explicit mention of sexual orientation, the Brazilian Asylum Act has been interpreted in a way that non-heterosexual persons may be identified as members of a particular social group and be granted asylum if they were persecuted or had the well-founded fear of being persecuted because of their sexualities in their countries of origin.

2.2. Spain

The current Spanish Asylum Act⁴⁷ was adopted in 2009. Apart from the five 1951 Geneva Convention grounds for granting international protection, the Act explicitly mentions gender and sexual orientation as relevant for identifying particular social groups, which is considered an important normative advancement⁴⁸. In fact, this new law was adopted to fit the European Union Council Directive 2004/83/EC, which declares that a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation⁴⁹. However, even before the approval of the Asylum Act, the Spanish Courts had already granted refugee status due to sexual orientation⁵⁰. Then, the explicit mention of sexual orientation in the law served to guarantee the interpretation that already existed in some Court's decisions.

Nevertheless, there are some restrictions regarding the sexual orientation ground in the law that do not apply to the 'classical' reasons. Sexual orientation *per se* is not enough for claiming asylum in Spain.

The condition to consider sexual orientation as a particular social group is the 'prevailing circumstances in the country of origin' (Article 7.1e)⁵¹. This concept is indeterminate⁵². There are indeed no objective parameters to analyse the 'prevailing circumstances'⁵³. At least, two consequences may be derived from this restriction. First, this condition creates a situation of judicial insecurity for sexuality-based claimants because the lack of COI⁵⁴ may be used to refuse applications systematically without

45 These interviews took place in São Paulo, on 1 April 2016 and on 11 May 2016. For the transcripts of the interviews, see V. Andrade, *Imigração e Sexualidade*, *ivi*, pp. 212-213.

46 UNHCR, *Guidelines on International Protection no. 9*, *ivi*, pp. 16-17.

47 *Ley 12/2009, de 30 de Octubre 2009*, *ivi*.

48 J. Díaz Lafuente, *ivi*, p. 224.

49 Council Directive 2004/83/EC, of 29 April 2004, on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, Article 10.1(d), OJ L 304, 30 September 2004, pp. 12-23.

50 J. Díaz Lafuente, *Estudio de la Doctrina Jurisprudencial Española sobre la Protección Internacional por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género*, in *Libertad de Circulación, Asilo y Refugio en la Unión Europea*, *ivi*.

51 *Ley 12/2009, de 30 de Octubre 2009*, *ivi*. It follows the Directive 2004/83/EC, *ivi*, which states that 'depending on the circumstances in the country of origin, a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation': see Art. 10.1(d).

52 CEAR-Euskadi, *ivi*, p. 110.

53 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi*, p. 248.

54 In Spain, a lack of information is commonly taken by the asylum authorities to mean that there is no persecution. See S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 72.

analysing each case individually⁵⁵. Second, it operates in a discriminatory way in relation to the other reasons of persecution (race, religion, nationality and political opinion) because 'prevailing circumstances in the country of origin' apply only to sexual orientation⁵⁶.

Moreover, the Spanish Asylum Act states that 'in no case can sexual orientation be understood as the performance of conducts typified as an offense in the Spanish legal system' (Article 7.1e)⁵⁷. This restriction is both unnecessary and discriminatory⁵⁸. It is not necessary because Article 8.2b), where the exclusion causes are declared, already states that this restriction applies to all the grounds for claiming asylum. In addition, the consensual acts between same-sex adults are not considered a crime in Spain. It is discriminatory because it implicitly links non-heterosexuality with conducts typified as crime, such as sexual assault, abuse of minors, sexual harassment, etc⁵⁹.

According to José Díaz Lafuente⁶⁰, these restrictions show the authorities' fear of a possible 'call effect' on non-heterosexual asylum seekers or the fear of a possible 'abuse of right' by those who are not really gay/lesbian/bisexual in light of the difficulty 'to prove' a sexual orientation or who are homosexual but are not afraid of being persecuted. What is more striking is that this fear does not exist in relation to other reasons for persecution, which are also difficult 'to prove', such as religion or political opinion.

The process of claiming asylum in the Spanish territory has two different stages⁶¹. The asylum seeker usually submits a request to police officers, who are responsible for its registration. Then, the Office of Asylum and Refuge (*Oficina de Asilo y Refugio* – OAR)⁶² of the Ministry of Interior is called to evaluate this request through personal interviews with the applicants and to decide about its admissibility (*admisión a trámite*). After this first stage, admissible applications are examined by the Inter-Ministerial Asylum and Refugee Commission (*Comisión Interministerial de Asilo y Refugio* – CIAR), which decides to grant or to refuse international protection.

To be admitted for processing by the OAR, applications must fulfil two requirements: a positive one, based on the description of a persecution due to sexual orientation; and a negative one, based on the lack of manifest falsehood and implausibility of the claim⁶³. According to the Spanish Supreme Court (*Tribunal Supremo*)⁶⁴, proof is not required at this stage; the examination must rely on the narrative. Unless there is manifest falsehood or implausibility, applications need to be admitted for processing and go to the CIAR's analysis. However, according to CEAR-Euskadi⁶⁵, some applications are not admitted at this first stage due to the lack of proof of a persecution⁶⁶. If the application is not admitted for processing, the asylum seeker may appeal to Courts⁶⁷.

The second stage of the Spanish asylum process is led by the CIAR, when another interview may be conducted⁶⁸. This Commission is composed of representatives of each of the departments having competences on: home and foreign affairs, immigration, justice, reception, asylum seekers and equali-

55 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi*, p. 232; CEAR-Euskadi, *ivi*, p. 110.

56 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi*, p. 232; CEAR-Euskadi, *ivi*, p. 172.

57 *Ley 12/2009, de 30 de Octubre 2009*, *ivi*.

58 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi*, p. 232.

59 *Ibid.*, p. 289.

60 *Ibid.*, p. 248.

61 It is also possible to claim asylum in the Spanish borders and Detention Centres for Foreigners (CIE). When the application is not requested in the territory, the process is different. The processes can be consulted in *Asylum in Europe*, at www.asylumineurope.org/reports/country/spain/regular-procedure.

62 Applications may be submitted directly to OAR as well.

63 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi*, p. 259.

64 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 21 de Abril 2006 (rec. no. 2060). See P. Santolaya Machetti, A. Miguel Pérez-Moreno, *El Derecho de Asilo en la Jurisprudencia (Julio 2005-Junio 2006)*, CIBOD, 2007, p. 200.

65 CEAR-Euskadi, *ivi*, p. 132.

66 See the criticism raised by the Spanish Ombudsman, *ivi*, p. 36.

67 At this first stage, it is possible to make an administrative appeal to JCCA (*Juzgado Central Contencioso Administrativo*) or a judicial appeal to the Spanish National Court (*Audiencia Nacional*). An onward appeal may be made to the Supreme Court (*Tribunal Supremo*). At the second stage, appeals are possible to both Courts as well.

68 Second interviews are held in a very small percentage of cases: see Spanish Ombudsman, *ivi*, p. 31.

ty⁶⁹. UNHCR participates, expressing its opinion, but without veto power. No civil society organization takes part. Within an average of six months, CIAR decides on the denial or granting of refugee status.

According to the Supreme Court⁷⁰, in Spain two criteria are fundamental for deciding to recognize or refuse international protection: 1) the severe social context of non-protection and persecution for reasons of sexual orientation; and 2) if the individual persecution due to this reason is deemed credible or not. Hence, RSD in Spain is based on the situation in the country of origin and the credibility relating to the asylum seeker's story.

To be granted refugee status, it is necessary to fulfil three requirements concerning country of origin. Criminalisation of same-sex relations is the first one⁷¹. Jansen and Spijkerboer⁷² state that the OAR waited until the Nicaraguan Penal Code changed to deny all applications from that country, despite the fact that the situation of non-heterosexual people in Nicaragua did not improve after the change in law. Like in other EU Member States, in Spain not only is the criminalization required, but also its enforcement. It seems nonetheless that, in some cases, refugee status may be granted to persons from non-criminalising countries if it is proved that there is a situation of severe and manifest homophobia⁷³.

However, criminalisation and its enforcement do not seem sufficient to be granted asylum: it is necessary that the applicant had suffered a past persecution. Even if the country of origin enforces prison sentences, including the death penalty, this is not enough for satisfying the requirement of the well-founded fear of being persecuted. In fact, the applicant needs to prove the effective persecution he/she has personally suffered⁷⁴. Furthermore, according to article 6.1 of the Spanish Asylum Act, the persecution acts in the country of origin must be sufficiently severe *per se* or continuous in nature to constitute a serious violation of fundamental rights⁷⁵. Consequently, depending on the persecution act, it may not be considered severe enough to prove persecution based on sexual orientation (for instance, in case it was an isolated act)⁷⁶.

Two main consequences emerge from this 'triple requirement'. First, as said before, the condition of a past persecution is at odds with the concept of asylum proposed by the 1951 Geneva Convention: instead of the well-founded fear of being persecuted in the country of origin, the applicant must prove that a persecution had already begun. The second consequence is that refugee status based on sexual orientation is granted basically only to activists that had survived in their countries and fled to Spain⁷⁷.

According to the Spanish Asylum Act (Article 13), persecution may be perpetrated by a) the State; b) parties or organizations that control the State or a considerable part of its territory; c) non-State actors, when actors mentioned in 'a' and 'b' cannot or do not want to provide effective protection⁷⁸. However, according to Jansen and Spijkerboer⁷⁹, in Spain sexual orientation-based applications were refused on the grounds that the claimant should have sought protection from the State against homophobic violence by non-State actors in countries that criminalise homosexuality. Spanish authorities have also adopted a peculiar approach when the claimant's State 'did not fail' to protect the person, although all related actions were not effective:

69 Information available from *AsylumEurope*, at www.asylumineurope.org/reports/country/spain/regular-procedure.

70 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 21 de septiembre 2012 (rec. no. 2012/8940).

71 See, for instance, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 8ª, Sentencia de 4 de julio de 2007 (rec. no. 118/2007).

72 S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 75.

73 See Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 30 de noviembre 2005 (rec. no. 6006/2002).

74 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 21 de septiembre 2012 (Rec. nº 2012/8941).

75 Ley 12/2009, de 30 de Octubre 2009, *ivi*.

76 According to Article 4 of the Spanish Asylum Act, applicants who do not fulfil all the requirements to be granted refugee status, but have the well-founded reasons to be believed that they would face a real risk of suffering severe damages if they returned to their countries, may receive subsidiary protection (severe damages are understood as death sentence; torture or inhuman or degrading treatment; and serious threats against their life or integrity by reason of indiscriminate violence). Thus, subsidiary protection may be granted to sexuality-based applicants in the cases in which there was no past persecution.

77 J. Durà Tohus, *Perspectiva Global del Asilo y Refugio en España*, in *Libertad de Circulación, Asilo y Refugio en la Unión Europea*, *ivi*, p. 107; S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 24.

78 Ley 12/2009, de 30 de Octubre 2009, *ivi*.

79 S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 28.

In Spain, a Georgian gay who suffered physical attacks because of his sexual orientation, was rejected by the National Court because “the attitude of the police was not totally passive towards the problems the asylum seeker submitted as a basis for his asylum claim” [*Audiencia Nacional* (National Court) 23 May 2007, rec. n° 412/2004]. The Court reached this conclusion “because on the day the asylum seeker was hit, there was police intervention. Although they did not take measures as effectively as would have been necessary”⁸⁰.

Considering the weight given to the ‘prevailing circumstances in the country of origin’, COI is crucial to RSD in Spain. There are three main problems regarding this issue. First, not only is there a lack of information but this lack has been considered by authorities as an evidence of the absence of persecution in some cases⁸¹. For example, despite accepting the criminalisation of same-sex acts in the Algerian Penal Code, the Spanish National Court (*Audiencia Nacional*) stated there was not persecution because an international organization that works for LGBT rights did not have data about the situation of non-heterosexual people in the country⁸². Second, many times the persecution towards gays/lesbians/bisexuals is perpetrated by family and community members and there is no official data covering the extent of this violence. Furthermore, it can be really difficult to collect information about human rights violations in regions where these persecutions are not considered violations, are made invisible by State and non-state actors and where investigation on this persecutions exposes anyone to the risk of being persecuted as well⁸³. Third, the sources usually consulted are also problematic. In fact, if we exclude the cases where sources are not even mentioned, in some Court’s decisions data were collected from the internet, while reports from official organizations were considered irrelevant⁸⁴. Moreover, it seems that Courts value the COI used by the OAR much more than the COI given by asylum seekers or by NGOs supporting the cases⁸⁵.

It is important also to note that the Spanish authorities used to deny refugee status based on the discretion requirement⁸⁶. However, it may be assumed that, in light of the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU), this approach is no longer adopted. In fact, in 2013 the CJEU declared that ‘an applicant for asylum cannot be expected to conceal his homosexuality in his country of origin in order to avoid persecution’⁸⁷. Consequently, none of the EU Member States are allowed to use the discretion requirement anymore⁸⁸.

Regarding late disclosure, i.e. when the applicant discloses his/her sexual orientation to the asylum authorities only during the asylum procedure, not at the moment of the initial application⁸⁹, it has been used as an argument for declaring non-credibility and to deny refugee status⁹⁰. For instance, it happened to a gay man from Cuba, who firstly relied on problems related to the Cuban dictatorship and only later explained that the real reason of his claim was the persecution he had faced in his country because of his sexual orientation⁹¹.

Concerning how to ‘prove’ sexuality, little credibility is given to the asylum seeker’s own testimony: there is a generalized assumption of abuse of right by applicants on the basis of sexual orientation,

80 *Ibid.*, p. 30.

81 *Ibid.*, p. 72.

82 Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sentencia del 7 de noviembre de 2008 (rec. no. 1563/2007).

83 CEAR-Euskadi, *ivi*, p.110.

84 *Ibid.*, p.180.

85 S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 74.

86 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi* p. 293; S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 34.

87 CJEU, 7 November 2013, Joined Cases C-199/12, C-200/12 and C-201/12, X, Y and Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Aziel.

88 However, the case *M.B. v. Spain*, decided by the European Court of Human Rights (Decision, 13 December 2016, application n. 15109/15), may indicate that Spanish authorities might still be using the discretion requirement indirectly. See ILGA-Europe, *Update from Strasbourg – M.B. v Spain Asylum Case Struck Out*, 2017.

89 It can be caused by different reasons, such as: the applicant may initially have been unaware that sexual orientation is a reason for claiming refugee status; he/she may have feelings of fear and shame; the applicant may fear that the information about his/her sexual orientation will reach people from the community who will then pass it back to family in the country of origin or people from the same community in the host country. See S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 9.

90 About late disclosure in Spain, see L. Muñoz Blanco, P. Ibáñez Díez, “Late Disclosure” in Spain, at COC Out and Proud Conference 2017, LGBTI Asylum in Europe, Amsterdam, 5-6 October 2017.

91 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 28 de noviembre 2008 (rec. no. 5265/2005).

whereas this assumption is not applied to claimants on the grounds of other reasons⁹². Apart from the asylum seeker's narratives, witness statements and reports from LGBTI+ organizations 'attesting' the homo or bisexuality may be used as proof⁹³. As I will further explore below, the LGBTI+ organization LAMBDA is responsible for drafting these reports in Valencia. Reports include both COI and the applicant's sexual identity. In order to attest this identity, the organization asks the asylum seekers to take part in different activities, such as regular meetings and the annual Pride Parade⁹⁴.

On one hand, this kind of report is interesting because it may really help in the process⁹⁵. On the other hand, asking applicants to participate in such activities is almost equal to asking them to become activists, to show their sexualities publicly. They need to be 'out and proud' to be granted refugee status, in other words, they must conform to homonormative notions that are constructed around a Western model of sexuality⁹⁶.

Summing up, the Spanish Asylum Act shows an important normative advancement given that sexual orientation is explicitly mentioned as a particular social group. However, the reference to 'the prevailing circumstances in the country of origin' creates a situation of judicial insecurity for sexuality-based claimants, especially because COI is a problematic aspect of RSD in Spain. The EU law has certainly influenced Spanish law. On a positive note, since Spanish authorities used to deny refugee status based on the discretion requirement, they are prevented from using the same argument following the identification of discretion as a serious human rights violation by the CJEU. On a negative note, in light of the same Court's reasoning, the enforcement of criminalisation seems still to be required.

Having this in mind and considering the role played in this context by LGBTI+ organizations, let us now explore local integration in both Spain and Brazil as far as non-heterosexual claimants are concerned.

3. Local integration: strategies in Brazil and Spain

Refugee status determination and local integration should not be seen as two totally different aspects concerning asylum seekers and refugees in the host country. Crisp⁹⁷, for instance, adopts a multidimensional perspective of local integration, whose first dimension is the legal process. In his conception, RSD is part of the first stage due to the fact that applicants are granted a progressively wider range of rights, including the right to seek employment and to have access to public services. RSD and local integration are therefore two related aspects of the same process. Even the division made on this paper is meant only for analytical purposes.

In Brazil, asylum seekers and refugees benefit from some social services provided by the government at federal, state and municipal levels, such as education and health care. However, civil society organizations are responsible for the majority of activities to facilitate local integration⁹⁸. According to Jubilut⁹⁹, 60% of the total budget for refugee integration in the country is provided by civil society. Concerning non-heterosexual asylum seekers and refugees, there is no specific policy from the government yet. In Spain, the Asylum Act establishes a national reception and integration system¹⁰⁰. It is composed of three phases in which the government and three NGOs are responsible for providing shelter, legal,

92 J. Díaz Lafuente, *Asilo y Refugio*, *ivi*, p. 296.

93 L. Muñoz Blanco, P. Ibáñez Díez, *ivi*, p. 25; S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, *ivi*, p. 53.

94 According to LAMBDA, it is always taken into consideration whether the applicant can/want to participate in a specific activity or not. Some of them, for example, take part but ask not to be photographed because they are been sought by family or community members.

95 According to Luis Noguerol, one of LAMBDA's coordinators (Valencia, 7 June 2017), there were cases in which refugee status was firstly denied, but it was eventually granted by the Courts after analysing the reports made for those claimants. See, for instance, the 'Senegalese case' reported by L. Muñoz Blanco, P. Ibáñez Díez, *ivi*, pp. 10-13.

96 N. Held, *ivi*.

97 J. Crisp, *ivi*.

98 J. Moreira, R. Baeninger, *Local Integration of Refugees in Brazil*, in *Forced Migration Review*, 2010, pp. 48-49.

99 L. Jubilut, *Enhancing Refugees' Integration: New Initiatives in Brazil*, in *Forced Migration Review*, 2010, pp. 46-47.

100 Ley 12/2009 de 30 de Octubre 2009, *ivi*, Artículo 30.

financial and psychological aid, etc¹⁰¹. The whole process commonly lasts 18 months, but may reach 24 months for people in situations of vulnerability. Although non-heterosexual asylum seekers are not considered vulnerable *per se*, they may be understood as being in a situation of vulnerability in some cases, for example, if they are minors, pregnant women or have suffered torture or other serious forms of psychological, physical or sexual violence (in line with relevant EU law).

3.1. Experiences from São Paulo, Brazil

São Paulo is the biggest city in Brazil and the capital of the São Paulo State, where 52% of the refugees live¹⁰². In the city of São Paulo there are public institutions and NGOs that work for refugees' assistance and protection, as well as governmental and non-governmental LGBTI+ organizations.

Like in Brazil as a whole, in São Paulo civil society organizations are responsible for a great number of activities regarding local integration. However, in general, these organizations do not have any specific policy towards non-heterosexual asylum seekers and refugees¹⁰³.

For instance, researching in the framework of a specific NGO¹⁰⁴, it appeared that cases based on sexual orientation were generally restricted to the lawyers: the asylum seeker revealed his/her sexual orientation to the lawyers at the moment they needed to justify the claim for international protection¹⁰⁵. Since the NGO did not adopt strategies to make clear that the place was safe for non-heterosexual claimants (i.e. that they would not be discriminated against because they are not heterosexual), most of the time they did not feel comfortable to talk about their sexual orientations¹⁰⁶. It is no coincidence that they did not identify themselves as such to the social workers. Interestingly, the social workers nevertheless knew about the claimants' sexual orientation, because it was written on the refugee's record. Yet, they acted as if they did not know, for example not indicating LGBTI+ shelters and organizations or what remedies exist in case of discrimination based on sexual orientation.

The consequence of this silence from both the claimants and the social workers is that no specific policies regarding assistance and local integration are developed towards non-heterosexual refugees and asylum seekers. The NGO's lawyers are focused on the legal process, not on local integration; the social workers are focused on assistance and local integration (health, education, housing, employment).

According to the report *Opening Doors: A Global Survey of NGO Attitudes Toward LGBTI Refugees and Asylum Seekers*¹⁰⁷, this cycle of silence and invisibility is very common in many different places:

Of particular concern is the dense shroud of invisibility and silence that surrounds the realities of sexual orientation and gender identity. As the results of our survey show, many NGOs are unaware of the LGBTI refugees in their midst and many others are unaware of the need for targeted policies to help these vulnerable individuals. Few have the tools to inquire about LGBTI individuals' identities and circumstances, and a significant number espouse a "blind" approach to sexual orientation and gender identity, erroneously believing that these issues are not germane to their clients' protection. Some display deeply felt discomfort with this topic, in ways that limit their effectiveness. [...] these factors produce a cycle of silence and invisibility: LGBTI refugees perceive NGOs as unwelcoming or hostile and therefore hide their identities, and NGOs in turn believe these persons do not exist¹⁰⁸.

What about the role of LGBTI+ organizations? Although there are governmental and civil society organizations specializing in assistance to LGBTI+ people in the city of São Paulo, their focus is on Brazilians,

101 CEAR, *ivi*.

102 CONARE, *Refúgio em Números*, *ivi*.

103 Specific policy means actions and partnerships planned taking into consideration the particularities of this public, such as the internalized homophobia, the fear of revealing the homo or bisexual orientation, the persecution possibly suffered from fellow citizens in the host society, the lack of supportive networks, etc. About this issue, see V. Andrade, *Desafios no Atendimento, Acolhida e Integração Local de Imigrantes e Refugiados/as LGBTI*, in *Cadernos OBMIGRA – Revista Migrações Internacionais*, 2016.

104 For ethical reasons, the name of the institution will be kept in anonymity.

105 It is important to note that in most of the cases the asylum seeker reveals the sexual orientation when it is the only reason for requesting international protection. In cases in which the applicant has other(s) reason(s) to justify the claim, it is not common to mention his/her sexual orientation. V. Andrade, *Imigração e Sexualidade*, *ivi*, pp. 80-82.

106 It is clear that an asylum seeker does not need to disclose his/her sexual orientation if he/she does not want to.

107 Organization for Refuge, Asylum & Migration (ORAM), *Opening Doors – A Global Survey of NGO Attitudes towards LGBTI Refugees & Asylum Seekers*, 2012.

108 *Ibid*, p. 1.

not having, generally, any contact with foreigners. Two examples may be provided from my fieldwork. The first one is related to an organization belonging to the City Hall, which provides some free services to LGBTI+ people (e.g. legal and psychological aid). When asked about refugees and asylum seekers, they confirmed that no assistance is specifically ensured to refugees on account of their sexual orientation. The second institution, which is managed by a civil society organization and organizes courses and events for LGBTI+ people, also confirmed this trend. All respondent social workers, psychologists and lawyers affirmed that they have not assisted foreigners. Considering that more than three thousand people were assisted by this organization at the time of my enquiry, it is striking that it had never assisted any foreigner. Hence, LGBTI+ organizations in São Paulo do not seem aware of non-heterosexual asylum seekers and refugees (at least yet).

This proves a trend. In the city of São Paulo there are policies towards (heterosexual) refugees and policies towards (Brazilian) LGBTI+ people, but there are no consolidated actions towards non-heterosexual refugees. This leads to a situation of two parallel policies that do not intersect¹⁰⁹. However, not only is it necessary to intersect these two parallel policies, but also to establish partnerships among NGOs that work for refugees' assistance and LGBTI+ organizations:

Coalitions among NGOs are key to capacity building and strengthening services, especially where the target client population overlaps with a variety of different communities. Other organizations, particularly those that are LGBTI-focused, can help meet the needs of LGBTI clients. They may have access to the local LGBTI network and can provide advice on finding health services, non-discriminatory employment, and LGBTI-safe neighborhoods. Alliances can thus effect greater change in the lives of refugees they assist¹¹⁰.

It is no coincidence that all the asylum seekers/refugees I interviewed during my fieldwork were not in touch with the local LGBTI+ community in São Paulo. Most of them did not even know about its existence. They fled their countries of origin because of the laws that criminalise their affective desires and sexual practices, because of the discrimination and persecution they suffered from society and they also fled from their own families. In São Paulo, the fear of being persecuted/discriminated against still exists given that they have to deal with their heterosexual fellow citizens.

The cases of Èrika¹¹¹, Phillipe¹¹² and Enzi¹¹³ are explanatory. In the place where she lives with her little daughter, nobody knows that she is lesbian. Many heterosexual people from her country also live there and she is afraid of the possible consequences if they know about her sexual orientation. In the place where Phillipe lives with his boyfriend and his little daughter, the neighbours do not know they are a gay couple: Phillipe tells everybody that his boyfriend is his younger brother. Despite the fact that the three live together, he does not want his daughter to know about his relationship with another man. Enzi has never explained to his co-workers the reason he claimed asylum in Brazil is his sexual orientation. At the Church he attends, nobody knows he is gay.

The city of São Paulo provides a better environment for these non-heterosexual asylum seekers and refugees when compared to their country of origin. However, due to the fear of being persecuted or discriminated against, non-heterosexual refugees and asylum seekers do not reveal their sexualities to other refugees and asylums seekers. This also prevents the creation of supportive networks among non-heterosexual refugees¹¹⁴.

All of the above suggests that effective local integration is still a problematic issue for non-heterosexual asylum seekers and refugees in one of the main Brazilian cities. In this context, it seems to be 'safer' to live in the closet, through the logic of silence and invisibility¹¹⁵.

109 V. Andrade, *Imigração e Sexualidade*, *ivi*, p. 183.

110 ORAM, *ivi*, p. 27.

111 Èrika is a 31-35 year-old lesbian refugee from Cameroon. All the names are fictitious.

112 Phillipe is a 31-35 year-old bisexual asylum seeker from Democratic Republic of Congo.

113 Enzi is a 31-35 year-old gay asylum seeker from Nigeria.

114 None of the people this author have interviewed knows one another, for example.

115 Currently, there is just one lesbian refugee in São Paulo (the only one in Brazil as well) who talks openly about her sexual orientation and is an activist. She is from Mozambique. See info at <http://migramundo.com/acnur-no-brasil-lanca-cartilha-sobre-direitos-de-refugiados-e-solicitantes-de-refugio-lgbti/>.

3.2. Accounts from Valencia, Spain

Valencia is the third largest city in Spain and the capital of the autonomous community of Valencia, the fourth region in number of asylum claims in the Spanish territory¹¹⁶. In the city of Valencia there are different organizations that work for refugees' assistance and protection, such as the NGO CEAR-Valencia, and LGBTI+ organizations, such as LAMBDA. The way these two organizations work with people who claim asylum on the grounds of sexual orientation is noteworthy.

CEAR, the Spanish Commission for Refugee Aid, is a non-governmental organization founded in 1979 whose main purpose is the protection of the right to asylum and includes in its staff lawyers, social workers and psychologists to assist refugees and asylum seekers¹¹⁷. According to Jaume Durà Tohus, CEAR-Valencia's coordinator, non-heterosexual asylum seekers are informed about LGBTI+ organizations, such as LAMBDA, from the first possible moment and encouraged to contact them. The purpose is to facilitate the establishment of supportive networks for asylum seekers and refugees, a policy that is not only limited to non-heterosexual claimants¹¹⁸. So, for example, when a gay asylum seeker from Côte d'Ivoire visited the CEAR-Valencia's office, one of the coordinator's first actions was to contact LAMBDA in order to discuss his specific case¹¹⁹. As confirmed by Jaume Durà Tohus, CEAR-Valencia values these partnerships with other organizations because they strengthen its services, as proposed at international level¹²⁰. This action goes hand in hand with awareness campaigns¹²¹ and collection of specific data¹²².

LAMBDA, a non-governmental LGBTI+ organization founded in Valencia in 1986 whose main purpose is to fight against legal discrimination and social marginalization towards sexual minorities, offers more specific actions¹²³. According to Luis Noguerol¹²⁴, one of the coordinators, there are four main actions concerning non-heterosexual asylum seekers and refugees, which are facilitated by the collaboration with refugee-focused organizations, such as CEAR-Valencia, Red Cross and the governmental organization Centre for Refugee Aid (*Centro de Ayuda al Refugiado* – CAR). First, LAMBDA organizes courses/lectures at these partners' offices about LGBTI+ issues (adequate language, the particularities of non-heterosexual asylum seekers, etc.). It is also common that the partners offer lectures at LAMBDA's office about asylum issues (CEAR-Valencia, for instance, did it more than once). Second, when asylum seekers visit LAMBDA, they are invited to participate in one of its groups¹²⁵. The aim is to provide a space where non-heterosexual asylum seekers can find supportive networks, where they may know people who have similar experiences and sexualities, may feel safe and welcomed, as well as make friends and share their experiences. Third, LAMBDA promotes awareness campaigns in this field. For example, it is usual that these asylum seekers and refugees participate as a group at the Pride Parade, giving visibility to their stories and claiming for their rights. Fourth, and most important from a legal point of view, this organisation provides legal aid, which also includes the drafting of reports that

116 According to Gobierno de España, regarding the Spanish territory, the community of Madrid is the region that receives the greatest number of asylum seekers (5,240 in 2016), followed by Catalonia (1,834 in 2016), Andalusia (1,784 in 2016) and Valencia (1,367 in 2016). Gobierno de España, *Asilo en cifras 2016*, Madrid, Ministerio del Interior – Secretaría General Técnica, 2017.

117 For more information, see www.cear.es.

118 The NGO always informs the applicants about partners or other organizations which may be of their interest. For example, when an asylum seeker from a specific religion arrives at CEAR, the staff indicates the places (churches, in this case) where it is possible to meet other people from the same religion.

119 It happened on 9 June 2017 when the author visited CEAR-Valencia's office and interviewed its coordinator, Jaume Durà Tohus.

120 ORAM, *ivi*, p. 27.

121 For example, in June 2016 CEAR-Valencia invited two lesbian asylum seekers from Russia to tell their stories on the annual report launch. They reported that '[W]e are freer here and we feel safer as well. We feel welcomed by people who assist us and it makes us want to live'. They also said they were planning to get married in Spain.

122 On its annual reports of 2015 and 2016 there were sections about this issue. See E. Galán, *Amar con libertad puede costar la vida*, 2015, at www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe-2015-de-CEAR2.pdf, and J. Díaz Lafuente, *Huir para amar: el derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2016, at www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf.

123 For more information, see the website: <https://lambdavalencia.org/es/>.

124 The interview took place on 7 June 2017.

125 The majority of them takes part in the Human Rights Group (in June 2017 there were between 35 and 40 people in this group), but they can choose any of the other ones (Education, Culture, Lesbian Women Group, Youth Group, etc.).

'attest' the asylum seekers' homo or bisexuality. These are used as proof during the refugee status determination process. That is why it is important that the sexual orientation-based applicants participate in the activities organized by LAMBDA.

As discussed above, on one hand these reports are interesting because they may be crucial during the process to grant refugee status and because the asylum seekers are establishing supportive networks during these activities (what is important not only for their local integration, but also for their mental health); on the other hand, the drafting of these kind of reports may require that asylum seekers are 'out and proud', thus conforming themselves to a Western model of homosexuality. To address this dilemma, significantly, LAMBDA seems to take into serious consideration whether the applicant can/ wants to participate in any specific activity or not.

As a result, the fieldwork carried out in the city of Valencia shows that refugee-focused institutions and LGBTI+ organizations work together and elaborate specific policies towards non-heterosexual asylum seekers and refugees. Supportive networks are available to asylum seekers and may be also established by and among them. That is the why, in light also of non-heterosexual asylum seekers and refugees' participation in the local LGBTI+ community, a more effective local integration was found in Spain than in Brazil.

4. Conclusion

This paper was a first attempt to approach asylum based on sexual orientation in a North-South perspective, analysing RSD and local integration in Brazil and Spain.

Both countries are not, or were not until very recently, considered traditional 'countries of asylum' because of the low number of claims, but asylum applications have been increasing in Brazil and Spain in recent years. Although official statistical data about sexual orientation-based claims is not published, they are also increasing in these two States according to NGOs. A trend of a different kind has also emerged. In both countries authorities' fear of a possible 'abuse of right' by those who are not really gay/ lesbian/bisexual is palpable, as well as the fear of a possible 'call effect' on non-heterosexual asylum seekers if these claims are accepted.

A few differences may be recalled. The Brazilian Asylum Act is considered progressive by different scholars. Nevertheless, there is no explicit mention of sexual orientation. The government has been interpreting that gays/lesbians/bisexuals may be understood as members of a particular social group, but this interpretation is not expressly guaranteed in the law. On the other hand, the Spanish Asylum Act explicitly mentions sexual orientation as a relevant element for the identification of a particular social group. At the same time, it refers to the 'prevailing circumstances in the country of origin', an indeterminate concept that creates a situation of judicial insecurity for sexuality-based claimants.

For Brazilian and Spanish authorities the two fundamental criteria taken into consideration to grant or deny refugee status are the situation in the country of origin and the credibility assessment on the claimant's narrative. In Brazil the criminalization of same-sex relations in the country of origin is not a requirement for granting asylum to non-heterosexual applicants, while in Spain not only is required the criminalization, but also its enforcement.

Moreover, concerning credibility assessment, it seems that while in Brazil the fact that the claimant has been in a heterosexual marriage or has children is not considered *per se* evidence that he/ she is not a 'true' homosexual, in Spain the authorities have been denying refugee status relying on the late disclosure argument. Interestingly, Spanish authorities seem to be used to giving weight to reports from LGBTI+ organizations 'attesting' the homo or bisexuality. Nonetheless, despite the fact that Brazil shows good practices, the criteria used for credibility assessment are not always clear and may sometimes rely on stereotypes and Western conceptions.

In relation to local integration, it is worth remembering that this is a controversial concept to which more than one meaning is associated. Despite its lack of clarity, different authors agree that it must be understood as a two-way process involving not only the asylum seekers and refugees, but also the receiving society. In this sense, this paper focused on the relation between non-heterosexual asylum seekers/ refugees and the local LGBTI+ community in two specific realities. It is important to note that none of the countries seem to have specific national policies towards non-heterosexual asylum seekers.

In the city of São Paulo, the LGBTI+ organizations are not aware of non-heterosexual asylum seekers yet and the refugee-serving NGOs do not have specific policies regarding assistance and local integration towards them. The public policies in the city are dedicated to heterosexual refugees or to Brazilian LGBTI+ people. No consolidated actions towards non-heterosexual refugees are available. Sexuality-based applicants seem afraid of revealing their sexual orientation to other immigrants and,

consequently, being discriminated against and persecuted. Thus, local integration seems far from being effective in the city of São Paulo for non-heterosexual refugees: they continue to live through the logic of silence and invisibility. On the other hand, the city of Valencia shows a good example of local integration for these people. Partnerships among the NGOs that work for refugees' assistance and protection and the LGBTI+ organizations play a central role in this context and facilitate the participation of non-heterosexual asylum seekers to their activities and the consolidation of supportive networks. While this entails a risk to pressure these asylum seekers to come out, to be proud of their homo or bisexuality in order to be granted refugee status and to be integrated locally, the cooperation among civil society organizations certainly amounts to a good practice that can be replicated in other countries.

To conclude, through the analysis carried out in this paper, a general trend may be outlined. Brazil shows good practices concerning RSD while Spain, and Valencia specifically, shows good practices in local integration of non-heterosexual asylum seekers. Perhaps, it is time for a North-South global exchange of good practices as far as asylum claims based on sexual orientation are concerned.

Interventi

Baldassare Pastore*

Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto

Sommario

1. Identità, riconoscimento, dignità - 2. Giurisdizione, positivizzazione giuridica e principio di eguaglianza - 3. "Politica dell'umanità" e diritto

Abstract

Partendo dal fatto che la vulnerabilità è inerente alla condizione umana, questo articolo mira a fornire un contributo per evidenziare la funzione del diritto nell'assicurare la protezione nei casi di discriminazione e nel garantire la parità di trattamento. Nel processo di riconoscimento dei diritti civili delle persone omosessuali in Italia un ruolo decisivo è svolto dalle corti, che esercitano i loro poteri regolatori sviluppando le potenzialità connesse alle ragioni normative che stanno alla base dell'ordinamento giuridico costituzionale. Uno dei compiti del diritto è quello di rispettare l'identità e la dignità delle persone, con il loro orientamento sessuale, trattandole con eguale considerazione e rispetto.

Starting from the fact that vulnerability is inherent in the human condition, this article aims at providing a contribution to highlight the function of law in ensuring protection in cases of discrimination and in guaranteeing equality of treatment. In the process of recognizing the civil rights of homosexual people in Italy a decisive role is played by the courts, that exercise their regulatory powers by developing the potentialities connected to the normative reasons that are at the basis of the constitutional legal system. One of the tasks of law is to respect identity and dignity of human beings, with their sexual orientation, treating them with equal concern and respect.

1. Identità, riconoscimento, dignità

Da qualche tempo, nell'ambito delle scienze sociali, la nozione di vulnerabilità è oggetto di specifica attenzione¹. Assunta come dato esperienziale comune, costitutivo della condizione umana, la vulnerabilità è presa in considerazione, sul versante politico e giuridico, a partire dalla sua dimensione situazionale, associata ai diversi contesti nei quali discriminazioni, stigmatizzazioni, offese, violenze diventano salienti nel produrre il mancato riconoscimento nei confronti degli individui quali partecipanti a pieno

* Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Ferrara.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Cfr., per un primo inquadramento sul tema, M.A. Fineman and A. Gear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot, Ashgate, 2013; C. Mackenzie, W. Rogers, and S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2014; M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, 2018; O. Giolo e B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018.

titolo all'interazione sociale². I soggetti vulnerabili, così, sono quelle persone la cui autonomia, connessa alla dignità e all'integrità, può essere (e di fatto spesso è) minacciata, compromettendo l'accesso a ciò che si ritiene importante per il proprio *well-being*³.

La nozione di vulnerabilità informa la progettualità della vita individuale sì da impattare sui diritti, intesi come spettanze proprie delle persone, compresa la libertà di scelta, che, quando è conculcata, configura l'esperienza del torto e dell'ingiustizia.

La questione omosessuale, da questo punto di vista, rappresenta un *focus* significativo per affrontare la tematica relativa al rapporto tra libertà, dignità e riconoscimento, nell'ottica dell'autodeterminazione personale e affettiva, nonché dell'inclusione, che non può prescindere dalla protezione degli spazi esistenziali nei quali l'orientamento sessuale si esprime⁴.

Diventa fondamentale, qui, il richiamo all'identità, con le sue diverse dimensioni (biologica, personale, culturale), che si lega al tema dell'autenticità della vita. Essa implica, infatti, che nessun individuo possa sentirsi a proprio agio, e avere stima e rispetto di sé, se non viene socialmente accettato e se vengono negate quelle che costituiscono le componenti essenziali della propria identità⁵.

Viene in evidenza, a questo proposito, uno dei compiti del diritto, chiamato a facilitare lo svolgimento della vita personale, garantendo le condizioni che rendono possibile il godimento di una serie di beni fondamentali all'interno dello spazio intersoggettivo. In tale ambito si colloca la questione del riconoscimento, da intendere come operazione identificatoria e come giudizio, che conferisce valore all'altro, nell'ottica dell'eguaglianza⁶, sul versante della garanzia della pari dignità.

Assumere il riconoscimento come cifra caratterizzante le odierne società complesse, differenziate, pluralistiche, soprattutto all'interno degli Stati costituzionali, che pongono come architravi normative la persona, vista nella realtà della sua condizione esistenziale, e il pluralismo dei percorsi di vita degli individui⁷, conduce a reinterpretare le richieste di valorizzazione delle specifiche identità e delle differenze in termini di eguaglianza, vista nella sua connotazione giuridica⁸. Infatti, la valenza giuridica dell'eguaglianza esige non solo che i soggetti non siano discriminati, ma anche che non siano distinti nella loro condizione comune di persone, sì da essere conosciuti e rispettati per quello che sono. Entra in gioco, a questo livello di discorso, l'idea di dignità, intesa, nella sua connotazione *positiva*, come accettata e tutelata capacità del rispetto di sé, e, nella sua connotazione *negativa*, come non umiliazione⁹.

Va evidenziato, al riguardo, che il concetto di dignità umana si lascia evincere, in maniera indiretta, proprio considerando i modi dell'offesa e dell'umiliazione personali, nelle diverse forme che esse possono assumere. Sono queste esperienze negative di spregio e di offesa che hanno dato forza propulsiva pratica al costituirsi, all'interno del processo storico, della salvaguardia della dignità umana come obiettivo normativo.

Si può essere umiliati e offesi nella propria integrità fisica, con la violenza che ci pone nella impossibilità di esercitare la forma più elementare di autonomia, ossia il disporre liberamente del proprio corpo. Si può essere umiliati e offesi anche da atti che feriscono la comprensione normativa che una persona ha di sé e che colpiscono un soggetto escludendolo dal soddisfacimento di pretese legittime, rappresentando un attacco al rispetto e alla stima che poniamo in noi stessi. Si può essere umiliati e offesi, inoltre,

- 2 S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. Alcune considerazioni critiche, in *Politica del diritto*, 47, 2016, pp. 477-479, 486-488.
- 3 R. Andorno, *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?*, in A. Masferrer, E. García-Sánchez (eds.), *Human Dignity of Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, pp. 265-267.
- 4 A. Schillaci, *Premessa*, in Id. (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, Carocci, 2014, pp. 22-23. Cfr. M.A. Fineman, *Vulnerability, Resilience, and LGBT Youth*, in *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 23, 2014, pp. 320-323, 325 ss.
- 5 B. Pastore, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Roma, Carocci, 2007, pp. 26-28.
- 6 A. Pizzorno, *Risposte e proposte*, in D. della Porta, M. Greco, A. Szokolczai (a cura di), *Identità, riconoscimento, scambio*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 211; P. Ricoeur, *Percorsi del riconoscimento. Tre studi* (2004), Milano, Raffaello Cortina, 2005, pp. 158, 276-278.
- 7 S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, edizione ampliata, Milano, Feltrinelli, 2009, pp. 18 ss., 32 ss.; A. Ratti, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello Stato costituzionale*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., p. 27 ss.
- 8 Cfr. L. Gianformaggio, *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 88-91, 93-94.
- 9 B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 26.

dal fatto di vedere negato ogni valore sociale al proprio modo di essere e alla propria identità¹⁰, con l'esclusione dello *status* di partecipanti all'interazione e di eguali soggetti di diritto, attraverso forme di discriminazione¹¹. La dignità, così, pertiene alla persona concreta, vulnerabile, calata nella contingenza delle proprie situazioni di vita e nel tessuto delle relazioni sociali.

La dignità disegna lo statuto della persona¹² e si connette indissolubilmente alla libertà e all'egualianza degli esseri umani¹³. Si tratta, infatti, di mettere ciascuno nelle condizioni di compiere le proprie scelte e di determinare il proprio progetto di vita, evitando l'esclusione, la marginalizzazione, la stigmatizzazione, che ostacolano l'autodeterminazione e lo sviluppo della propria personalità. Libertà di scelta e non discriminazione, dunque, si sostengono a vicenda e si intrecciano.

La dignità umana, invero, è da considerare a partire dalle coordinate non superabili della finitezza esistenziale. Si predica di ciò che è mancante e vulnerabile, quale è il singolo essere umano nella sua individualità¹⁴. La dignità, che i diritti intendono garantire, così, è quella di esseri vulnerabili, dipendenti da altri esseri umani, soggetti alla fragilità della vita¹⁵ e si lega alla dimensione dei bisogni, della corporeità. Proprio la corporeità costituisce la radice intrascendibile della vulnerabilità, alla quale risultano esposti gli esseri umani¹⁶. La vulnerabilità si connette all'esperienza dell'offesa e del misconoscimento – riguardante i soggetti i cui diritti sono negati o il cui pieno godimento è limitato a causa di alcune caratteristiche personali – che produce discriminazione¹⁷.

La libertà di orientamento sessuale si pone come aspetto della dignità dell'individuo e come fattore di svolgimento della sua personalità¹⁸. In gioco è l'identità, che coinvolge il riconoscimento – o il non riconoscimento – da parte di altri individui, della società, delle istituzioni. L'identità personale si caratterizza come «diritto ad essere se stesso» e costituisce «un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»¹⁹. La giurisprudenza costituzionale italiana, peraltro, ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità», che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere «per dovere di solidarietà sociale»²⁰, sia il diritto alla libertà sessuale, poiché, essendo «la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto»²¹. Da qui, deriva il riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. it. e art. 8 della CEDU)²².

-
- 10 Cfr. A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto* (1992), Milano, Il Saggiatore, 2002, pp. 158-163. Sull'idea dell'umiliazione come perdita della dignità di essere umano (a seguito del comportamento sia degli individui tra di loro sia delle istituzioni) cfr. A. Margalit, *La società decente* (1996), Milano, Guerini e Associati, 1998, pp. 49, 57-59, 92-94.
- 11 K. Seelmann, *La tutela della dignità umana: garanzia di status, divieto di strumentalizzazione, oppure divieto di umiliare?*, in *Ragion pratica*, 38, 2012, pp. 45 ss., 49-50, 53 ss., 56-58.
- 12 Si veda, in proposito, l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
- 13 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 187.
- 14 Solo con l'assunzione anticipata della finitezza dell'altro «si realizza la consapevolezza di quella comunanza esistenziale sulla cui base entrambi i soggetti imparano a considerarsi come esseri reciprocamente vulnerabili e minacciati». Così A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, cit., pp. 61-62.
- 15 M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 36-37.
- 16 J. Butler, *Frames of War. When Is Life Grievable?*, London, Verso, 2009, pp. 23, 30; M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile* (2010), in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, cit., pp. 166-168.
- 17 I fattori di discriminazione riguardanti «gruppi vulnerabili» (sesso/genere, origine etnica, disabilità, status LGBT, soggetti affetti da HIV) sono individuati dalla Corte europea dei diritti umani: cfr. le decisioni *Alajos Kiss c. Ungheria* (ric. n. 38832/06), 20 maggio 2010, e *Kiyutin c. Russia* (ric. n. 2700/10), 10 marzo 2011.
- 18 A. Ratti, *Essere se stessi*, cit., pp. 28-29.
- 19 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 13 del 1994.
- 20 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 1985.
- 21 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 561 del 1987.
- 22 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2015. Molte, invero, sono le sentenze della Corte europea dei diritti umani che hanno riconosciuto il diritto all'identità di genere come rientrante a pieno titolo nella tutela prevista dall'art. 8 della CEDU, che sancisce il rispetto della vita privata e familiare.

Il ruolo dello strumento giuridico nel tutelare l'identità sessuale, in quanto spettanza inviolabile della persona, è dunque centrale e, oggi, in uno spazio in cui si sfrangano le linee di confine tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, e tra creazione e applicazione del diritto, si manifesta entro una fitta trama costituita da una pluralità di centri di produzione normativa, di fonti e di Corti, chiamate a garantire trattamenti omogenei di istanze non differenziabili sotto il segno dell'eguaglianza e dell'attuazione dei diritti²³.

2. Giurisdizione, positivizzazione giuridica e principio di eguaglianza

La tematica relativa ai diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso travalica i confini nazionali ed è stato (e continua ad essere) oggetto di un dibattito *globale* che vede come attori principali i giudici di merito, le Corti costituzionali e supreme di molti ordinamenti, attraverso il loro impegno nel rimediare, non poche volte, all'inerzia dei legislatori.

Pertanto, con riguardo alla progressiva estensione di tali diritti, si può parlare di "generazioni giurisprudenziali"²⁴, che hanno contribuito via via alla depenalizzazione dell'omosessualità e degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso²⁵, alla accettazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, affermandone la parità con quelle eterosessuali, alla legittimazione del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali²⁶, fino a giungere all'attenzione al diritto alla genitorialità e all'adozione per tali coppie.

Possiamo parlare, al riguardo, di un "corso orientato", che caratterizza la logica di sviluppo dei diritti e che assume come costante punto di riferimento il principio di eguaglianza inteso nell'accezione di "divieto di discriminazione", intrecciato al valore della dignità umana.

Le Corti hanno avuto (e continuano ad avere) un ruolo centrale nel riconoscimento dei diritti degli omosessuali²⁷. Sono chiamate spesso a dare risposte a questioni che tradizionalmente sono rimesse alle decisioni dei legislatori, ma che questi non sono in grado di assumere.

Siamo di fronte, infatti, alle difficoltà della politica sia dal punto di vista regolativo, sia da quello rappresentativo²⁸. E ciò rende la giurisdizione, in attesa del coinvolgimento degli organi legislativi (che peraltro contribuisce a favorire e a stimolare), meglio in grado, per la specificità del suo ruolo (e posto il divieto del *non liquet*), di offrire risposte alle istanze provenienti dalla società²⁹.

I giudici, invero, sono i primi soggetti istituzionali ad essere incontrati, soprattutto quando la rappresentanza politica ritenga che i mutamenti normativi siano intempestivi, non convenienti, non maturi³⁰. L'intervento dei giudici, in questo quadro, serve anche a far sì che, in attesa dello "sblocco" politico, cadano gli ostacoli al riconoscimento, mostrando l'inconsistenza degli argomenti che sostengono tali ostacoli.

Va detto che un siffatto fenomeno è espressione della complessità del diritto contemporaneo, dove la legge diventa solo uno dei molti canali della produzione giuridica. Emerge un approccio al diritto *dal basso*³¹, in cui il formante giudiziale assume una rilevanza sempre più precipua e in cui si amplia lo

23 Come sottolinea L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, pp. 4-5, il principio di eguaglianza consiste, innanzitutto, «nell'uguale valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo differente da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona uguale a tutte le altre». L'eguaglianza è «un'égalité en droits... E tramite i diritti, infatti, che viene garantita l'uguaglianza».

24 A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 5-10.

25 Cfr. sul punto, M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge* (2010), Milano, Il Saggiatore, 2011, cap. 3; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 63-80; G. Zanetti, *L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015, cap. I.

26 Con specifica attenzione agli Stati Uniti v. G. Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., cap. III. Cfr. inoltre P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Il Corriere giuridico*, 7, 2012, pp. 861-864.

27 A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 272-292.

28 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit. p. 60.

29 Cfr. A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 246-247, la quale sottolinea che il contributo delle Corti non può essere interpretato come mera supplenza degli organi elettivi.

30 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 61.

31 Cfr. A. Pisano, *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma biogiuridico nel percorso verso la legge Cirinnà/Oliari*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 149.

spazio dell'interpretazione e degli interpreti entro una sfera pubblica, nella quale i momenti decisionali si caratterizzano per l'interazione tra processi informali di determinazione dell'opinione e procedure deliberative articolate nei settori formali di produzione normativa. La prassi deliberativa dipende, così, dal flusso che si instaura tra il piano informale delle reti multiple costituenti la sfera pubblica, situata nella società civile, e il piano proceduralizzato della formazione istituzionale delle decisioni³².

In Italia, il percorso verso l'approvazione della legge n. 76 del 2016 in tema di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto è esempio per molti versi paradigmatico di una elaborazione giuridica, la cui responsabilità è condivisa e che ha visto come protagonisti associazioni della società civile, i giudici di merito, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, la Corte europea dei diritti umani, e, in ultimo, il Parlamento³³. Tale legge, invero, è figlia dell'uso strategico di una *interest group litigation*, legata ad una richiesta proveniente dal basso al fine di ottenere un riconoscimento istituzionale³⁴. È il risultato, altresì, di un processo osmotico in cui fonti nazionali (in primo luogo l'art. 2 e l'art. 3 Cost. it.) e fonti sovranazionali (in primo luogo l'art. 8 e l'art. 14 della CEDU, nonché l'art. 7 e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) sono state assunte come risorse giustificative di un atto legislativo³⁵.

Diventa essenziale, adesso, l'opera degli interpreti, chiamati a guidare l'applicazione della nuova legge in un'ottica di armonizzazione, che non può non seguire una logica di sviluppo interno, volta a cogliere ed esplicitare le linee portanti dell'ordinamento.

Come è noto, con l'introduzione della legge n. 76/2016, il diritto italiano consente solo l'unione civile alle coppie dello stesso sesso. Ma, sul piano della disciplina concreta, l'esclusione degli omosessuali dal matrimonio determina la inevitabile necessità di modellare le norme dell'unione civile su quelle del matrimonio al fine di rispettare il principio di eguaglianza e il connesso divieto di discriminazione in relazione all'orientamento sessuale³⁶. Diventa saliente, in tal modo, l'argomento analogico (o *a similibi*) – sia nella sua variante interpretativa, sia nella sua variante integrativa – che si pone come canone interpretativo volto ad assicurare coerenza e parità di trattamento. Invero, va evidenziato che ogni applicazione del diritto e ogni *Rechtsfindung* configurano un'attività di tipo analogico che mette in campo procedimenti di natura teleologico-valutativa. In questo senso, l'argomento analogico funziona come direttiva sulla produzione giuridica, e più in generale sulla positivizzazione del diritto, che ha un effetto di invenzione per la ricerca e la formulazione di una regola nuova che estenda la qualificazione normativa di un soggetto o una classe di soggetti in ragione della somiglianza con fattispecie già esistenti³⁷.

È stato osservato, al riguardo, che il testo di tale legge «si presenta come una danza tra tre modalità o tecniche normative, quella del rinvio (alla disciplina del matrimonio), quella della disposizione imitativa o parzialmente riproduttiva (ancora della disciplina del matrimonio), quella della disposizione a contenuto originale *ad hoc*»³⁸. D'altra parte, la stessa legge, all'art. 1, comma 20, configura una vera e propria clausola di equivalenza, al fine di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi che derivano dall'unione civile tra persone dello stesso sesso. Pertanto, ogniquale volta nelle disposizioni legislative e regolamentari, negli atti amministrativi, nei contratti collettivi si fa riferimento al «matrimonio», al «coniuge», ai «coniugi», al «marito», alla «moglie», la previsione va estesa all'unione civile e a ognuna delle parti della stessa. L'unica (espressa) eccezione concerne le disposizioni del codice civile e della legge n. 184/1983 in materia di adozioni³⁹. Dunque, rilevanti sono le

32 Il riferimento va a J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Milano, Guerini e Associati, 1996, spec. pp. 327 ss., 341 ss., 350-357, 363-365, 423 ss., 440 ss.

33 Per alcuni significativi commenti su questa legge si rinvia agli interventi pubblicati in questa *Rivista*, 2, 2016, p. 6 ss. (*La legge n. 76/2016: contenuti, problemi, prospettive*) e in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 3 ss. (*La legge sulle unioni civili: osservazioni a prima lettura*).

34 A. Pisanò, *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma biogiuridico nel percorso verso la legge Cirinnà/Oliari*, cit., pp. 150-153.

35 Rilevanti sono state, in proposito, le sentenze della Corte costituzionale italiana n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, e la sentenza della Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, del 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ric. n. 29381/09, 32684/09).

36 Cfr. G. Savorani, *Presentazione*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, pp. 8-9.

37 Si veda, sul punto, G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 175 ss., 187 ss., 191-195.

38 Così P. Zatti, *Introduzione al Convegno*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2016, p. 1663.

39 Per una riflessione sulla funzione del comma 20 si rinvia a V. Barba, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in questa *Rivista*, 1, 2018, spec. p. 78 ss.

somiglianze tra unione civile e matrimonio (civile), posto che entrambi gli istituti, intesi come rapporto, danno luogo ad uno *status familiae*⁴⁰.

In relazione al tema dell'adozione, comunque, è da segnalare che, nonostante le disposizioni sull'unione civile muovano dal presupposto dell'esclusione della responsabilità genitoriale, la giurisprudenza sovranazionale e interna percorre altre strade⁴¹. Il principio del preminente interesse del minore risulta essere la chiave di volta alla quale si richiama la giurisprudenza, prestando attenzione al legame (affettivo, emotivo, educativo) tra l'adottante e l'adottando, prescindendo dall'orientamento sessuale del richiedente l'adozione, in connessione con il principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della CEDU⁴². Ne deriva che l'idoneità genitoriale (eterosessuale od omosessuale che sia) va valutata "in concreto", attraverso un accertamento rigoroso circa l'esistenza o meno di ragioni preclusive oggettive e l'effettivo nocimento ai *best interests* del minore. Tale argomento si configura quale parametro fondamentale per orientare i provvedimenti giurisdizionali in materia di potestà genitoriale, di affidamento, di adozione o di ogni altra decisione che concerna il benessere del minore.

Di fronte a casi riguardanti i profili relativi allo *status* delle coppie dello stesso sesso, che hanno scelto l'unione civile, non disciplinata dalla legge, entra in gioco la *norma generale inclusiva*⁴³, che esige il ricorso all'analogia o ai principi generali e fondamentali dell'ordinamento (che peraltro vive in osmosi con il diritto sovranazionale e internazionale) al fine di risolverli⁴⁴.

L'analogia presuppone che si tenga conto degli elementi rilevanti cui si ricollega la ragion d'essere della norma in una fattispecie concreta in essa non ricompresa e impone di estendere la regola a quest'ultima fattispecie. Propriamente, l'analogia è da intendere come quell'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio (la ragione, il motivo, lo scopo) in essa contenuto e dal quale si ridiscende alla formulazione di una norma inespressa, che contiene la regola del caso "analogo" a quello disciplinato espressamente. L'argomento analogico in funzione integrativa implica l'equiparazione del trattamento giuridico, riconosciuta la rilevanza della somiglianza delle situazioni, e l'attribuzione ad una fattispecie non regolata della medesima conseguenza giuridica prevista da una norma che regola una fattispecie simile in maniera rilevante⁴⁵. Da questo punto di vista, si pone come corollario del principio di eguaglianza e svolge la funzione di rendere coerente e ragionevole, cioè non arbitrario, l'ordinamento.

I principi generali e fondamentali, che nelle nostre organizzazioni giuridiche sono tipicamente principi costituzionali, espressi e impliciti, operano come *standards* che sono utilizzati per colmare le lacune e che reinterprete e adeguano i materiali giuridici di partenza in modo da renderli conformi, congruenti con i principi stessi. Favoriscono, in tal modo, la revisione, la riformulazione, l'arricchimento, nonché l'integrazione, delle norme. Tali principi trovano applicazione diretta anche in relazione ai rapporti tra privati e presentano una capacità propulsiva ed espansiva, talché è possibile ricavare dal principio, attraverso tecniche argomentative che vanno esplicitate e sottoposte al controllo della cultura giuridica, una regola idonea a disciplinare il caso. La costruzione di questa regola specifica costituisce una concretizzazione del principio, che pertanto svolge un ruolo essenziale nella giustificazione della premessa normativa⁴⁶.

40 A. Figone, *Diritti e doveri nell'unione civile*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 111 ss. Come è stato opportunamente notato, «matrimonio e unione civile hanno nel nostro ordinamento nomi diversi, ma celano un regime disciplinare, sostanzialmente, di contenuto identico»: V. Barba, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, cit., p. 82.

41 Si vedano, ad esempio, la decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani *X e altri c. Austria* (ric. n. 19010/07) del 19 febbraio 2013; la sentenza della Corte di cassazione italiana del 22 giugno 2016 n. 12962.

42 Sul punto, tra la letteratura, cfr. L. Giacomelli, «I ragazzi stanno bene»: la famiglia omogenitoriale, i *best interests of the child* e il silenzio legislativo, in *Jura Gentium*, 2015; D. Muscillo, *L'adozione del minore alla coppia omosessuale: la cristallizzazione di un trend giurisprudenziale. Considerazioni a margine della pronuncia della Cassazione n. 12962/2016*, in *Ricerche giuridiche*, 5, 2016, pp. 365-378; S. Celentano, *Stepchild adoption. Prove di resistenza*, http://questionegiustizia.it/articolo/stepchild-adoption_prove-di-resistenza_09-10-2017.php; M. Gattuso e A. Schillaci, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in *Articolo29*, www.articolo29.it; V. Barba, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, cit., p. 83, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

43 Sulla nozione di "norma generale inclusiva" si veda N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 7-8, 100-101. Cfr. l'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile italiano.

44 B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 23 ss., 28 ss.

45 V. Velluzzi, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, ETS, 2013, p. 87 ss.

46 Cfr., in argomento, F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, pp. 2-5, 8-10; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 41-49; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 65 ss., 73 ss.

La positivizzazione giuridica configura un'attività che avviene nel tempo ad opera di organi cui è attribuita una competenza normativa. Essa, soprattutto negli Stati costituzionali, richiede che tali organi compiano scelte coerenti con l'ordinamento, alla luce di precisi vincoli di contenuto, in riferimento a norme "superiori", e, quando si ha a che fare con i diritti degli individui, assumano come criterio orientativo il principio dell'eguaglianza giuridica nelle sue diverse declinazioni⁴⁷. L'eguaglianza giuridica, infatti, è da intendere come applicazione corretta delle regole, come produzione di regole ragionevoli, nel senso di non arbitrarie, come attribuzione a tutti degli stessi diritti fondamentali, come rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita, rispettando l'identità di ciascuno⁴⁸.

L'eguaglianza, così, gioca un ruolo centrale nella dinamica interna del diritto, connettendosi alle sue potenzialità evolutive, secondo una logica che, al fine di fornire soluzioni a nuovi problemi, interviene attraverso l'elaborazione delle implicazioni di considerazioni incorporate nel diritto stesso⁴⁹. Il principio di eguaglianza rileva, propriamente, come quella ragione operativa che fornisce la forza motivante, indicando il percorso da seguire in vista di determinati obiettivi⁵⁰. Gli organi dotati di competenza normativa risultano vincolati da doveri che prescrivono le finalità al cui servizio i poteri devono essere esercitati. Tali finalità sono incorporate nei principi giuridici (generali e fondamentali). Di fronte a casi che ricadono sotto questi principi, le istituzioni, alle quali sono conferiti poteri orientati, sono chiamate a sviluppare il diritto, adeguandolo alle diverse circostanze, per realizzare il fine fissato dal principio⁵¹.

Se l'eguaglianza costituisce un criterio-guida del diritto e ne manifesta la logica "esigente" di sviluppo interno, va detto che il tema del riconoscimento dei diritti civili delle persone omosessuali richiede la sua attrazione nell'orbita di ciò che è meritevole di valore e, dunque, di tutela. È, questo, un potente argomento a favore della non discriminazione⁵² e della promozione del diritto alla realizzazione della personalità, nelle sue variegate manifestazioni legate alla concretezza delle situazioni esistenziali, tra le quali rientrano gli stili di vita e le scelte affettive.

In questa direzione, il concetto di vulnerabilità può fungere da dispositivo euristico⁵³, e da indicatore qualitativo e/o quantitativo⁵⁴, che permette di esaminare le assunzioni e i pregiudizi insiti nelle pratiche legale, sociali e culturali e di predisporre soluzioni, di carattere correttivo e implementativo, orientate all'eguale considerazione e rispetto e alla tutela del diritto all'autonomia.

L'eguaglianza, pertanto, è da intendere anche come esito di determinati processi decisionali (legislativi, giurisdizionali, amministrativi), volto a dare attuazione alla promessa, propria del costituzionalismo contemporaneo, di garantire rispetto e giustizia per tutti gli individui, indipendentemente dalle loro differenti identità.

3. "Politica dell'umanità" e diritto

Il tema dell'orientamento sessuale, in quanto caratteristica che riguarda la ricerca di una vita dotata di senso e, dunque, come qualcosa la cui limitazione o restrizione infligge danni (a meno che non si violino i diritti degli altri), pone in primo piano l'idea di un eguale rispetto per le persone, che, associata alla libertà e all'autonomia individuali, partecipa della configurazione dei contenuti degli ordinamenti costituzionali⁵⁵. Tale idea assume una significativa valenza espansiva, connessa alla effettiva tutela dei diritti. La dimensione ordinamentale dei diritti produce, infatti, conseguenze importanti nell'articolazione interna del diritto. È possibile parlare, in proposito, di un "effetto di irradiazione"⁵⁶, sicché l'attivi-

47 Cfr., al riguardo, R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 421-462.

48 L. Gianformaggio, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., p. 65 ss.

49 Cfr. J. Raz, *La logica interna del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 14, 1984, pp. 381-383.

50 J. Raz, *La logica interna del diritto*, cit., p. 385.

51 J. Raz, *La logica interna del diritto*, cit., pp. 387, 395.

52 G. Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., pp. 130-134.

53 M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, cit., p. 166.

54 S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*, cit., pp. 477-480.

55 Cfr. M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., pp. 67-69, 101-102.

56 R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 555-559.

tà giuridica va vista come vincolata al rispetto dei diritti che, interagendo con tutte le fonti di un sistema vieppiù complesso, diventano *guidelines* per la formazione delle decisioni giuridiche⁵⁷.

La protezione delle sfere di libertà e autonomia, al cui interno possono essere compiute scelte importanti per la propria vita, è un compito fondamentale. Esso presuppone l'assunzione della prospettiva normativa dell'"altro generalizzato", che ci insegna a riconoscere gli altri membri della comunità come portatori di diritti e a comprenderci «come persone giuridiche nel senso che possiamo essere sicuri dell'adempimento sociale di determinate nostre esigenze»⁵⁸. Tale prospettiva presenta importanti collegamenti con quella che è stata definita la *politica dell'umanità*⁵⁹, da intendere come atteggiamento implicante la capacità di comprendere e immaginare l'altro, di sintonizzarsi con lui, insieme alla capacità di lasciarsi coinvolgere nelle sofferenze e nelle speranze altrui.

L'eguale rispetto dovuto a tutti gli individui in materia di orientamento sessuale presuppone che le persone possano immaginare ciò che gli altri/le altre perseguono e possano riconoscerlo come qualcosa di simile alla loro ricerca di integrità e di espressione personale e sessuale. Questa capacità di immaginazione ha un ruolo fondamentale nell'odierno modo di considerare l'eguaglianza, che comporta il vedere la comune umanità⁶⁰, posto che l'altro è "uno come noi".

Centrale, allora, è il ruolo del diritto come linguaggio dell'interazione, con la garanzia che esso fornisce di relazioni simmetriche di riconoscimento nei rapporti intersoggettivi, sicché siano rispettati alcuni beni essenziali legati alla dignità delle persone, mantenendo le condizioni generali all'interno delle quali tutti possano dare forma adeguata alla propria esistenza e abbiano le stesse opportunità e la pari possibilità di realizzare le proprie scelte.

57 B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., pp. 137-138.

58 Così A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, cit., p. 132. Sulla nozione di "altro generalizzato" cfr. ivi, pp. 97 ss., 105 ss. Si veda anche S. Benhabib, *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Cambridge, Polity Press, 1992, pp. 158-170.

59 L'espressione è di M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., pp. 70, 107-108.

60 M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., p. 110.

Angioletta Sperti*

Le parole contano. Alcune riflessioni sul “word ban” dell’amministrazione Trump

Sommario

1. La “la politica del silenzio” della Presidenza Trump sui diritti LGBT - 2. Una lettura della vicenda alla luce della teoria americana del discorso pubblico - 3. Una diversa lettura della vicenda: le affermazioni (o i silenzi) in esame come esempi di “government’s speech” - 4. Un termine di paragone: la politica del “don’t ask, don’t tell” nelle forze armate americane - 5. Conclusione

Abstract

Il contributo esamina la legittimità costituzionale della scelta – che larga eco ha suscitato nei mezzi di informazione di tutto il mondo – dei vertici di un’agenzia federale americana di rimuovere dai documenti relativi al bilancio l’uso di alcune parole, fra cui *feto*, *transgender* e *diversity*. Dopo aver inquadrato questa decisione nel contesto della “politica del silenzio” avviata dalla presidenza Trump, l’Autrice la rilegge alla luce del dibattito sulle finalità della libertà di manifestazione del pensiero formulate dalla dottrina americana e condivisi anche dalla nostra dottrina. Si conclude che sia che si legga la policy alla luce della teoria del discorso pubblico, sia che la legga – in termini più riduttivi – quale forma di messaggio istituzionale esso presenta evidenti vizi di legittimità costituzionale, in quanto volta a rendere invisibile una parte dei cittadini, ledendone la dignità personale.

The article analyses the constitutional legitimacy of the “word ban” suggested by officials of the Centers for Disease Control and Prevention (CDC) that aims at stopping the use of seven words, including fetus, transgender and diversity. The author reads this policy in the light of the “politics of silence” of Trump administration on LGBT issues; she focuses on its legitimacy under the principles and purposes that – according to the Supreme Court and American scholarship – the protection of freedom of expression pursues. The author concludes that CDC policy could not be considered legitimate neither under the purposes of the I Amendment nor if it was considered as a kind of “government speech”. Its real purpose is to make a part of the American people invisible and to deny their dignity of human beings.

1. La “la politica del silenzio” della Presidenza Trump sui diritti LGBT

Il 5 dicembre 2017 un articolo del *Washington Post*¹ segnala che ai funzionari dei *Centers for Disease Control and Prevention* (di seguito CDC) degli Stati Uniti sarebbe stato richiesto di non utilizzare nella compilazione del bilancio di previsione le seguenti sette parole ed espressioni: *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based*. Da quanto si apprende, i vertici del Dipartimento

* Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 L.H. Sun, J. Eilperin, *CDC gets list of forbidden words: Fetus, transgender, diversity*, in *Washington Post*, 15 dicembre 2017,

della Salute e dei Servizi Umani (SSH) – al quale la stessa CDC risponde – avrebbero suggerito di evitare questi termini in quanto “non graditi” dall’amministrazione Trump ed avrebbero suggerito di sostituire alcune di esse con delle perifrasi: ad esempio, al posto di «*science-based*» or «*evidence-based*» si sarebbe potuto precisare che “*CDC bases its recommendations on science in consideration with community standards and wishes*”. Nessun sinonimo o formula alternativa sarebbero invece stati suggeriti per le restanti cinque parole.

La notizia di un *word ban* fa presto il giro del mondo destando clamore tra associazioni scientifiche, enti di ricerca ed università, nonché tra i movimenti LGBT e le associazioni per la difesa dei diritti civili. La capogruppo del Partito Democratico al Congresso, Nancy Pelosi, da sempre al fianco della comunità LGBT degli Stati Uniti, dichiara che la decisione rivela l’intenzione dell’amministrazione Trump di cancellare una parte della popolazione dalla “coscienza degli Americani”. La stampa LGBT sottolinea come “la lingua modelli la nostra mappa del mondo” e denuncia che “se la parola «transgender» cessa di esistere nei documenti ufficiali del governo, anche noi iniziamo a svanire. È facile per un componente dell’amministrazione *cisgender* - che noi spereremmo di avere come alleato - dimenticare le nostre preoccupazioni quando il governo ci ordina di dimenticare noi stessi”².

La dura reazione – e l’eco della protesta anche in Europa - inducono i vertici della CDC a dichiarare che l’amministrazione non verrà meno al proprio impegno anche sui temi che il bilancio dell’agenzia non menziona.³ Fonti di stampa vicine al Partito Repubblicano si affrettano, inoltre, a precisare che l’amministrazione Trump non ha adottato alcun provvedimento che vieta l’uso delle sette parole: si sarebbe quindi trattato di un semplice suggerimento rivolto dai vertici della CDC ai propri uffici durante una riunione di natura meramente tecnica.

Anche alcuni dei primi commenti della dottrina smentiscono la rilevanza su un piano giuridico della vicenda⁴ adducendo l’assenza di un provvedimento formale dell’amministrazione ed evidenziando come l’intento del *word ban* fosse in realtà quello di prevenire le critiche di una parte del Partito Repubblicano in Congresso durante l’approvazione del bilancio e di evitare il conseguente taglio di alcuni finanziamenti. In altri termini, il *word ban* sarebbe stato motivato dalla volontà della CDC di proseguire il proprio impegno su talune questioni socialmente controverse, in senso esattamente opposto a quanto denunciato dalla stampa.

Sia che si giudichi la posizione dei vertici della CDC sulle citate sette parole come un mero suggerimento dettato da ragioni di opportunità, sia che la si intenda come un vero e proprio divieto comunicato in via informale, può essere utile contestualizzare la vicenda e ricordare che, dall’elezione del Presidente Trump, l’amministrazione federale ha rimesso in discussione le proprie posizioni su temi quali la lotta alla discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, l’identità di genere, il diritto all’aborto cui, invece, la presidenza Obama aveva dato particolare risalto.

Nel marzo 2017, ad esempio, il Dipartimento della Salute americano – cui la stessa CDC è, come ricordato, subordinata - ha cancellato le domande sull’orientamento sessuale e l’identità di genere dal testo di due questionari rivolti alla terza età. Lo stesso Dipartimento ha rimosso dal proprio sito *web* ogni informazione utile alla comunità LGBTI americana. Ad esempio, l’*Administration for Children and Families*, un ramo dello stesso Dipartimento della Salute, ha eliminato dal proprio sito la segnalazione dei servizi federali a sostegno delle persone LGBTI e delle loro famiglie, nonché le istruzioni per l’accesso all’adozione e per l’accesso ai fondi a sostegno alle vittime di *sex trafficking*. Inoltre, in occasione della giornata mondiale per la lotta contro l’Aids, la Casa Bianca ha ommesso dal proprio comunicato ufficiale ogni riferimento al tema della prevenzione della malattia nella comunità transgender, sebbene proprio quest’ultima sia una delle più importanti *policies* perseguite dalla stessa CDC.

Sulla stessa linea del “silenzio” sui diritti LGBT si pone anche la decisione del Presidente Trump di non dichiarare il mese di giugno 2017 “*LGBT Pride Month*” come avvenuto in passato e di proclamarlo invece *National Homeownership Month*, *l’African-American Music Appreciation Month* e infine *Great Outdoors Month*.

Inoltre, nel marzo 2017, lo *U.S. Census Bureau* ha pubblicato una lista di cinquanta argomenti che saranno oggetto del prossimo censimento nazionale del 2020. Dopo poche ore dalla pubblicazione, i riferimenti all’orientamento sessuale ed all’identità di genere sono stati rimossi e trasferiti in un’appendice, unitamente alla lista di altri eventuali “temi suggeriti”. A seguito della reazione suscitata dalla notizia,

2 G. Bellott, *The CDC’s 7 Word Ban Is an Attempt to Erase Transgender People from Existence*, in *Them*, 18 dicembre 2017.

3 Il pensiero va ad esempio agli attuali programmi per la prevenzione della diffusione dell’infezione da Hiv tra la popolazione transgender, ai programmi per la prevenzione delle disparità nell’accesso ai servizi socio-sanitari dovuti a discriminazioni, nonché alla ricerca sul virus Zika in gravidanza.

4 Cfr. M. Tushnet, “*Banned*” Words at the CDC, in *Balkanization*, 18 dicembre 2017 (che sottolinea come “*the headlines and ledes have been quite misleading*”).

il Direttore dello stesso *U.S. Census Bureau*, John Thompson, ha precisato su un blog che, a seguito della richiesta di 75 membri del Congresso, i quesiti sull'orientamento sessuale e l'identità di genere erano stati presi nuovamente in considerazione, spiegando che "non vi sono dati federali che suggeriscano l'opportunità di modificare gli argomenti oggetto del prossimo censimento".

Successivamente, un comunicato ufficiale dello stesso *U.S. Census Bureau* ha confermato che "le domande sull'orientamento sessuale resteranno nei questionari" con l'obiettivo di acquisire "una migliore comprensione delle opinioni dei sottogruppi demografici, inclusa la popolazione lesbica, gay e bisessuale (LGB)"⁵. Nessun riferimento alla popolazione transgender è stato, quindi, mai espresso nelle dichiarazioni sino ad oggi diffuse da questo ramo dell'amministrazione.

In ultimo, dall'elezione di Trump, il Dipartimento per l'edilizia e lo sviluppo urbano (*Housing and Urban Development*, HUD) ha rimosso dal testo della propria missione ogni riferimento all'impegno per le "comunità inclusive" e la lotta alle discriminazioni⁶. Durante la Presidenza Obama la tutela delle coppie dello stesso sesso e delle persone LGBT aveva, invece, costituito una priorità dell'HUD: il Dipartimento aveva, infatti, adottato delle politiche di inclusione verso la comunità LGBT, imponendo ad esempio il divieto di discriminazione sull'orientamento sessuale da parte di tutti gli enti finanziati dalla stessa amministrazione. Lo stesso ramo dell'amministrazione aveva inoltre stimolato l'adozione - sia da parte delle amministrazioni locali che degli Stati - di *LGBTQ-friendly regulations* sul diritto alla casa ed aveva dato particolare risalto alle possibilità di accesso a finanziamenti per la comunità LGBT sui propri canali di informazione.

Le *policies* sin qui descritte devono essere, infine, valutate anche alla luce di alcuni provvedimenti fortemente discriminatori verso la comunità transgender assunti dalla presidenza Trump. Nell'ottobre del 2017, l'*Attorney General* Jeff Sessions ha cancellato con un suo *memorandum* la prassi, invalsa dal 2014, che estendeva ai lavoratori transgender la il divieto di discriminazione nei luoghi di lavoro del Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964. Muovendo da un'interpretazione letterale del testo normativo che menziona la sola discriminazione in base al sesso, il Dipartimento ha in particolare escluso che le tutele possano essere estese ai dipendenti transgender nel settore privato e nelle pubbliche amministrazioni statali e federali.

Infine, ha destato grande clamore il *ban* voluto dal Presidente Trump contro la presenza di transgender nelle forze armate su cui pende attualmente un ricorso di fronte alla Corte Suprema. Il provvedimento, adottato nel luglio 2017, è stato, infatti, sospeso da alcuni corti federali per supposta violazione del principio di non discriminazione. Nel marzo 2018 la Casa Bianca ha dichiarato che i militari transgender potranno restare nelle forze armate, ma che il Pentagono potrebbe richiedere loro di prestare il servizio militare in base al sesso alla nascita. In ogni modo, come si legge in recenti *policy recommendations*, "*transgender persons who require or have undergone gender transition are disqualified from military service*"⁷.

2. Una lettura della vicenda alla luce della teoria americana del discorso pubblico

Sebbene il divieto di uso delle parole *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based* non sia contenuto in alcun atto formale dell'amministrazione Trump, quanto accaduto offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sull'importanza del confronto e della comunicazione sui temi dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, avendo riguardo agli effetti che una "politica del silenzio" produce sul piano della garanzia dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza.

Negli Stati Uniti la libertà di manifestazione del pensiero è sancita dal I Emendamento che, adottando la formulazione comune alle costituzioni liberali, impone al Congresso di "non ... fare alcuna legge che limiti la libertà di parola o di stampa". Si tratta quindi di una libertà formulata come libertà *negativa*, ossia come "libertà dallo Stato", e da cui consegue l'impegno - in primo luogo del legislatore federale, ma anche dei legislatori statali⁸ - a non limitare il godimento di una libertà cui i Padri Fonda-

5 <https://www.census.gov/newsroom/press-releases/2017/sexual-orientation.html>

6 Si v. A. Terkel, *Ben Carson Removes Anti-Discrimination Language from HUD Mission Statement*, in *Huffington Post*, 3 giugno 2018.

7 H. Cooper, T. Gibbons-Neff, *Trump Approves New Limits on Transgender Troops in the Military*, in *Washington Post*, 24 marzo 2018.

8 Il XIV Emendamento, infatti, adottato dopo la guerra civile, impone anche agli Stati il rispetto di tutti "i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti".

tori della Costituzione americana diedero particolare risalto, considerandola il fondamento stesso della democrazia, “*the indispensable condition, of nearly every other form of freedom*”⁹.

Sebbene la formulazione del I Emendamento sia diversa – per certi versi opposta – a quella adottata nell’art. 21 della nostra Costituzione in cui, alla garanzia contro ogni intervento repressivo dei pubblici poteri e dei privati, si aggiunge il riconoscimento in termini “positivi” della libertà di espressione¹⁰ – si comprende come, sia nel nostro ordinamento come in quello americano, la tutela della libertà di espressione debba essere essenzialmente ricondotto alla individuazione delle finalità che essa intende tutelare.¹¹

È, infatti, solo attraverso la ricostruzione dei valori costituzionali che questa libertà, in termini positivi, intende preservare che può fondarsi un giudizio sulla legittimità costituzionale della violazione della libertà negativa, ossia dei limiti posti dai pubblici poteri al suo esercizio. La ricostruzione di questo dibattito negli Stati Uniti ed il confronto con analoghe conclusioni offerte dalla nostra dottrina può, quindi, non solo offrire spunti di riflessione per valutare la legittimità del *word ban* dell’amministrazione Trump, ma anche consentirci di riportare il dibattito americano sulla *freedom of speech* e sulle sue finalità al confronto che su quegli stessi temi ha impegnato la nostra dottrina.

Pizzorusso a questo proposito osservava che “per delineare la portata generale della libertà di manifestazione del pensiero, occorre innanzi tutto mettere in luce come la tutela di essa rappresenti il principale strumento mediante il quale i cittadini, individualmente o collettivamente, possono influire sui procedimenti di formazione delle decisioni; questo sia che ciò avvenga in forme giuridicamente disciplinate quanto al procedimento ed agli effetti (come ad esempio, con il voto elettorale, con referendum, ecc.) sia che ciò avvenga mediante la formazione dell’«opinione pubblica» e quindi attraverso l’influenza che questa esercita in vari modi sui titolari dei pubblici poteri”.¹² Ne consegue che la libertà di manifestazione del pensiero, concludeva Pizzorusso, “non ha solo lo scopo di garantire al singolo un ambito di attività libera da indebite pressioni, bensì serve anche e soprattutto ad assicurare alla comunità il contributo di pensiero di tutti e di ciascuno”¹³.

Analogamente, Barile sottolineava che la libertà di manifestazione del pensiero – nel suo contenuto positivo – presenta “un duplice profilo”, “individualistico, come diritto inviolabile della persona umana, necessario per lo svolgimento della sua personalità, e sociale, come garanzia di partecipazione”.¹⁴

Alla lettura individualistica di stampo liberale,¹⁵ la dottrina maggioritaria del nostro Paese ha, dunque, affiancato un’interpretazione della libertà di espressione volta ad esaltarne il nesso con il sistema politico-istituzionale, anche se non può tacersi che, ove si ritenga che la libertà di manifestazione del pensiero assolva anche ad una “funzione sociale”¹⁶, “in quanto tendente al buon funzionamento del regime democratico”¹⁷, l’individuazione dei limiti al suo esercizio corre il rischio di risolversi in una qualificazione in senso ideologico di questa libertà¹⁸.

Negli Stati Uniti la dottrina ha elaborato interpretazioni affini della libertà di espressione ed i termini del dibattito possono, come si è ricordato, essere utili per inquadrare le premesse teoriche cui riportare la “politica del silenzio” dell’amministrazione Trump e per valutarne le conseguenze.

Rovesciando le premesse nettamente individualistiche della libertà di manifestazione del pensiero, alcune ricostruzioni hanno, in particolare, avanzato una lettura “collettivistica” della libertà di espressione, riconducendola alla formazione di una comunità politica consapevole e al principio dell’au-

9 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), in part. p. 327.

10 Per tutti, P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 229.

11 Cfr. a questo proposito ad esempio Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 228 ss. e L. Tribe, *American Constitutional Law*, St. Paul, West, 1988, p. 785 ss. o ancora, S.H. Shiffrin, J. Choper, *The First Amendment*, St. Paul, West, 1991, p. 7 ss.

12 A. Pizzorusso, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 63 ss., in part. p. 67.

13 Pizzorusso, *op. ult. cit.*, pp. 67-8.

14 Barile, *op. ult. cit.*, p. 229.

15 Tesi ripresa da C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 5 ss.

16 In questo senso, oltre a Pizzorusso, *op. ult. cit.*, p. 67, anche P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. XXIV, p. 428-9; Id., *Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 229. C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, IX ed., Padova, Cedam, 1969, vol. II, pp. 1067-8.

17 Barile, *Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 229.

18 Sulle critiche alla lettura funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, si v. da ultimo, C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 91 ss.

togoverno¹⁹. Il maggior esponente di questa corrente, il filosofo Alexander Meiklejohn, sostiene che “il principale scopo della libertà di espressione è quello di assicurare che tutti i cittadini possano, per quanto possibile, comprendere le questioni che emergono nella nostra vita quotidiana²⁰. Questo perché, nessuna idea, nessuna opinione o dubbio, nessuna credenza o nessuna smentita, nessuna informazione rilevante può essere loro risparmiata. In base al patto su cui si fonda la nostra Costituzione, si è stabilito che gli uomini non saranno governati dagli altri, ma che essi dovranno governare se stessi”. Secondo Meiklejohn, dunque, l’essenza dell’auto-governo e, quindi, la stessa finalità della libertà di espressione vanno ravvisate nel tentativo di assicurare che cittadini esprimano, attraverso il voto, delle decisioni sagge e consapevoli. “Ciò che è essenziale non è che tutti possano esprimere la propria opinione, ma che tutto ciò che merita di essere detto venga detto”²¹.

Questa interpretazione sottintende una concezione dello Stato come “moderatore” del discorso pubblico: dando rilievo al modo in cui la deliberazione maggioritaria si forma, la scelta individuale di partecipazione al discorso pubblico finisce, pertanto, per essere posta in secondo piano.²² Al tempo stesso, questa tesi ammette anche una selezione dei contenuti del dibattito pubblico, tradendo, com’è stato osservato, “una sorta di elitismo morale rigidamente fondazionista, che delimita a priori i confini dello spazio pubblico a seconda di ciò che è considerato «buono», «giusto» «saggio» per la collettività”.²³ In altri termini, la teoria collettivistica “postula uno specifico «obiettivo» del discorso pubblico ed assume che il dibattito pubblico sia usato strumentalmente per perseguire questo obiettivo”²⁴.

Una diversa interpretazione della libertà di espressione ritiene, invece, che “lo Stato non dovrebbe dettare l’agenda del discorso pubblico o i caratteri dei contenuti del discorso pubblico, poiché tale controllo necessariamente finirebbe per circoscrivere il potenziale per l’auto-determinazione collettiva”²⁵. Ciò “non implica che il discorso pubblico non possa mai essere regolato, ma che non dovrebbe essere gestito in modo da non contraddire il suo fine democratico. Questo fine non esclude l’adozione di discipline volte a regolare “il tempo, il luogo o le modalità di espressione”,... né esclude un intervento statale diretto a stimolare o ad arricchire le comunicazioni nel dibattito pubblico. La funzione democratica del discorso pubblico è, invece, incompatibile con disposizioni statali che sopprimano certe tipologie di discorso con lo scopo di imporre una precisa versione dell’identità nazionale”.

In sintesi, questa seconda interpretazione - pur riconoscendo come le teorie collettiviste siano animate dal lodevole intento di valorizzare il principio dell’autogoverno e di rafforzare ideali quali l’egualianza, la giustizia, la diversità - ritiene che esse contraddicano le premesse stesse su cui si fonda la Costituzione americana e la sua valorizzazione dell’autonomia e della libertà individuale.

Simili considerazioni critiche sono state fatte proprie anche dalla nostra dottrina: si è infatti osservato come “la libertà di manifestazione del pensiero si sottragga al tentativo di un’immutabile pre-determinazione. [...] L’art. 21 Cost. richiama senz’altro un contenuto di valore che però non è oggettivo o aprioristicamente determinato”²⁶, ma che deve esso stesso essere oggetto di confronto.

Negli Stati Uniti l’interpretazione che subordina la dimensione individualistica della libertà di espressione a quella collettiva inerente ai processi di deliberazione pubblica è stata anche respinta dalla Corte Suprema: in *Buckley v. Valeo*²⁷, ad esempio, la Corte giudicò incostituzionali alcune disposizioni del *Federal Election Campaign Act* del 1971 - come modificate nel 1974, dopo lo scandalo *Watergate* - che fissavano un limite massimo per le spese sostenute autonomamente in campagna elettorale da singoli o da formazioni sociali a sostegno di uno specifico candidato, affermando che “l’idea che il governo possa

19 Per tutti, A. Meiklejohn, *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, New York, 1960 e O. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, in 71 *Iowa Law Review* 1405 (1986).

20 A. Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

21 A. Meiklejohn, *Political Freedom*, cit., p. 26.

22 Caruso, p. 152-3. Nella dottrina americana si v. R.C. Post, *Constitutional Domains. Democracy, Community and Management*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995.

23 Caruso, *La libertà di espressione in azione*, op. cit.

24 R. Post, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy And The Reform Of Public Discourse*, in 64 *University of Colorado Law Review* 1109, in part. p. 1119.

25 R. Post, *ibidem*.

26 Caruso, *La libertà di espressione in azione*, cit., p. 153.

27 *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

restringere le opinioni di una parte della nostra società è interamente estranea al I Emendamento”²⁸. Tale principio è stato ribadito anche con riferimento alle spese elettorali che i singoli candidati possono sostenere personalmente, poiché eventuali limiti “inibiscono un dibattito politico sano ed aperto, senza sufficiente giustificazione”²⁹. “Il I Emendamento – ha sottolineato la Corte Suprema – afferma la scelta degli Stati Uniti di porsi come Nazione il cui principio guida, per quanto attiene alla libertà di espressione, è quello “del libero scambio di idee”, senza che gli Stati possano imporre ciò che ritengono corretto”³⁰.

Tornando, quindi, al *word ban* si può, dunque, osservare come la rimozione delle sette parole dal discorso pubblico operata dall’amministrazione Trump contraddica il carattere autonomistico della libertà di espressione e l’idea che anche gli stessi obiettivi della libertà di espressione debbano essere aperti al confronto. Agendo come moderatore del discorso pubblico sui temi della sanità, dell’inclusione sociale, della lotta alle discriminazioni di genere e di quelle fondate sull’orientamento sessuale, nonché degli stessi obiettivi della ricerca scientifica, l’amministrazione Trump contraddice le stesse premesse della libertà di espressione e della democrazia, così come esse sono state concepite nella tradizione costituzionale degli Stati Uniti. Come scrisse il giudice Harlan in *Cohen v. California*, in “una società così diversa e popolosa come quella americana, il discorso pubblico non è organizzato per perseguire un fine in particolare, ma per servire come un mezzo attraverso cui diverse concezioni dell’identità collettiva possono scontrarsi e riconciliarsi”³¹.

Inoltre, anche se – come più volte sottolineato – nel caso di specie non vi è stato alcun provvedimento formale di “censura”, la soppressione delle sette parole *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based* dal dibattito pubblico appare, al tempo stesso, difficilmente compatibile con i principi espressi nella giurisprudenza relativa ai limiti imposti a particolari forme di discorso.

Anche se il tema esula dall’oggetto di questo scritto, ma è utile ricordare che nei paesi europei – compresa l’Italia e la Germania – alcuni contenuti – come, ad esempio, il discorso d’odio – incontrano limiti a livello penale.³² Tali limiti, secondo la dottrina, assolvono anche ad una funzione “pedagogica”³³ in quanto diretti a prevenire il ripetersi di violazioni dei diritti fondamentali avvenute in passato. Negli Stati Uniti, invece, anche queste tipologie di discorso pubblico godono di una tutela costituzionale estremamente ampia. Sebbene siano, infatti, previste forme di illecito consistenti nella diffamazione, nell’invasione della privacy o nell’infliggere intenzionalmente una sofferenza emotiva (*Torts*), sul piano costituzionale la Corte Suprema ha ritenuto costituzionali solo particolari e restrittivi limiti di “tempo, luogo e modo” (*time, place and manner*) per il discorso oltraggioso e osceno³⁴, per la distruzione di simboli (ad esempio, l’incendio della bandiera³⁵) e nel caso della diffamazione a mezzo stampa³⁶.

In linea di principio, dunque, per ogni restrizione che abbia ad oggetto il *contenuto* del discorso – anche in questi casi particolari – opera negli Stati Uniti una “presunzione di illegittimità costituzionale”. Le motivazioni della scelta di non vietare in linea di principio neppure i contenuti che possano risultare offensivi o suscitare in taluni sdegno o indignazione³⁷ è da ravvisarsi nella considerazione che “negli

28 Si tratta di un principio che la Corte Suprema ha ribadito nella giurisprudenza successiva (si v. *Randall v. Sorell*, 548 U.S. 230 (2006), estendendolo anche alle società ed ai sindacati i quali – al pari dei singoli individui – possono spendere somme di denaro non limitate nel loro ammontare massimo al fine di finanziare pubblicità a favore o contro un candidato specifico, a condizione che la società o il sindacato agiscano in modo indipendente dal candidato. Cfr. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

29 *Arizona Free Enterprise Club’s Freedom Club PAC v. Bennett*, 131 S.Ct. 2806 (2011).

30 *Arizona Free Enterprise Club’s Freedom Club PAC v. Bennett*, 131 S.Ct. 2806, cit., in part. p. 2826.

31 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), p. 24.

32 Sull’*hate speech* in prospettiva comparatistica si v. nella nostra dottrina A. Pizzorusso, *La disciplina costituzionale dell’istigazione all’odio*, relazione introduttiva al XVI Congresso dell’Accademia Internazionale di Diritto Comparato svoltosi a Brisbane, 14 luglio 2012, nonché L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, Cedam, 2009; E. Stradella, *Hate Speech in the Background of the Security Dilemma*, in *German Law Journal*, IX, p. 59 ss. Nella dottrina americana, per tutti, R. Post, *Hate Speech*, in I. Hare, J. Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 123 ss; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, in 24 *Cardozo Law Review* 1523 (2003), nonché la relazione nel sopra citato convegno di Brisbane di W.B. Fisch, *Hate Speech in the United States*, in 50 *American Journal of Comparative Law* 463 (2002).

33 Pizzorusso, *op. ult. cit.*, p. 9.

34 *Cohen v. California*, cit.

35 *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989), ma si v. anche *U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

36 *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

37 Per tutti, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 785 ss.

Stati Uniti il discorso pubblico costituisce un'arena per il confronto fra molte differenti comunità, ciascuna delle quali cerca di avvalersi del diritto per affermare le proprie regole"³⁸. Come ha affermato la Corte Suprema, sebbene "il discorso possa apparire talora provocatorio e polemico ... esso deve essere tutelato contro la censura e la sanzione, a meno che non si dimostri che è probabile che produca un pericolo grave ed imminente (*clear and present danger*) di un serio danno che vada ben al di là del disturbo, della irritazione o del malcontento pubblico".³⁹

A differenza di quanto previsto a livello costituzionale nei paesi Europei, quindi, il I Emendamento della Costituzione americana impone che lo Stato sia *neutrale* di fronte ad opposte o contrastanti visioni dell'identità nazionale, al fine di favorire non solo il *free marketplace of ideas*, ma anche – come sottolinea, ad esempio, Post – il *free marketplace of communities*. "Il diritto costituzionale degli Stati Uniti si preoccupa di proteggere il discorso pubblico quale ambito ugualmente aperto a tutte le comunità, a tutte le potenziali visioni del bene e del socialmente rispettabile"⁴⁰.

Si può, quindi, concludere che la decisione di rimuovere dall'informazione e dal dibattito pubblico alcuni argomenti contraddice tutte le premesse su cui la Corte Suprema ha costruito la sua dottrina della libertà di espressione. Se, come scrisse il giudice Harlan in *Cohen v. California* nel valutare la legittimità costituzionale del divieto di uso di alcuni termini considerati offensivi⁴¹, il fine della libertà di espressione è quello di "rimuovere i limiti imposti dallo stato per l'arena della discussione pubblica", l'intento che presumibilmente ha ispirato le recenti scelte dell'amministrazione appare invece quello di sopprimere certi contenuti, rendendo "invisibili" alcune minoranze ed inibendo il libero confronto.

3. Una diversa lettura della vicenda: le affermazioni (o i silenzi) in esame come esempi di "government's speech"

Le considerazioni sin qui svolte presuppongono una distinzione tra la sfera pubblica e quella privata e riguardano il modo in cui talune scelte a livello governativo possono influire su quest'ultima, inibendo il libero svolgimento del dibattito pubblico e la libertà di parola su temi come la lotta contro le discriminazioni.

Si potrebbe obiettare che nel caso in esame siamo in realtà di fronte a scelte che attengono unicamente alla sfera "pubblica" ed, in particolare, alla comunicazione istituzionale, senza che ciò abbia necessariamente ricadute nella sfera dei cittadini i quali resterebbero comunque liberi di aprire un confronto sui temi che le parole *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based* evocano. Il Governo, in altri termini, non avrebbe agito come moderatore del discorso pubblico, ma sarebbe invece uno *speaker* "istituzionale".

Muovendo da questa prospettiva si dovrebbe, quindi, ritenere che la libertà di espressione non entri in gioco nel caso in esame. Negli Stati Uniti si assume, infatti, che quando un organo costituzionale "parli" – ad esempio al fine di esporre le motivazioni alla base di un atto o di informare i cittadini delle proprie decisioni o programmi politici – l'espressione rappresenti una modalità di esercizio della funzione. Il *Government speech*, quindi, non solo non potrebbe qualificarsi come esercizio di una libertà protetta dal I Emendamento, ma al tempo stesso non incorrerebbe in quei limiti che la stessa disposizione costituzionale impone alle autorità statali di rispettare quando la loro azione interferisca con la libertà di espressione dei cittadini⁴². Come la Corte Suprema ha, infatti, affermato, il I emendamento "non regola il *Government speech*", ma solo "la disciplina statale del *private speech*"⁴³.

38 Post, *Hate Speech*, cit., p. 132.

39 *Terminiello v. Chicago*, 337 US 1, 4 (1969).

40 Post, *Hate Speech*, cit., p. 133.

41 La vicenda, ben nota, riguardava la legittimità costituzionale di una disposizione del codice penale della California (Cal. Penal Code § 415) che proibiva di "*maliciously and willfully disturb[ing] the peace or quiet of any neighborhood or person . . . by . . . offensive conduct*". Il ricorrente, Paul Robert Cohen, era stato, infatti condannato dalla Los Angeles Municipal Court per aver indossato – per protesta contro la guerra in Vietnam – una giacca recante la scritta "*Fuck the Draft*" in un corridoio della Los Angeles Courthouse.

42 Per una ricostruzione di questa giurisprudenza si v. H. Norton, D.K. Citron, *Government Speech 2.0*, 87 *Denver University Law Review* 899 (2010), in part. pp. 904-10.

43 *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 467 (2009).

Ne consegue che nelle dichiarazioni ufficiali, il “governo ha diritto di dire ciò che desidera”⁴⁴: se, infatti, la comunicazione è inerente all’esercizio delle funzioni, gli organi costituzionali non sono tenuti ad assumere una posizione neutrale, ma sono liberi di selezionare o favorire particolari opinioni⁴⁵. Né, come peraltro afferma la giurisprudenza più recente, sussiste un dovere di “moderazione” a carico dei pubblici poteri: sarà, infatti, il processo politico a correggere eventuali “errori”⁴⁶. L’unico limite individuato dalle corti è rappresentato dal principio di laicità dello Stato, dal momento che la comunicazione istituzionale non può manifestare il sostegno per una particolare fede religiosa.

I termini di questo dibattito non sono peraltro estranei alla nostra esperienza: può essere utile, per una migliore comprensione dei termini del confronto, ricordare come analogamente nella nostra dottrina si sottolinei come sia concettualmente errato ritenere che la libertà di espressione vada estesa anche ai titolari degli organi costituzionali ed, in particolare, degli organi monocratici. “Secondo concetto e tradizione – chiariscono A. Pace e M. Manetti – la nostra Costituzione, come tutte le costituzioni, tutela essenzialmente i diritti e le libertà dei privati nei confronti dei *pubblici poteri* e sarebbe perciò contraddittorio disciplinare come «libertà» anche le manifestazioni di potere pubblico”⁴⁷.

Di conseguenza, ad esempio, anche da noi si osserva che il Presidente della Repubblica che “ester-na” il proprio pensiero in dichiarazioni informali non potrebbe invocare la libertà di manifestazione del pensiero, adducendo che “l’assunzione di una carica pubblica non farebbe perdere al titolare di essere la comune libertà di esprimere pubblicamente il proprio pensiero *privato*” o che “nell’espressione dei pensieri il detentore di un potere pubblico non si differenzerebbe da un qualsiasi privato”⁴⁸. Queste premesse sono, infatti, errate perché “gli organi pubblici e le persone giuridiche pubbliche si muovono in un’ottica di «competenza» (caratterizzata da doverosità nell’esercizio)”⁴⁹ e non in un’ottica di «libertà» (caratteristica della sfera di autodeterminazione dei privati)”⁵⁰. Come scriveva Guarino, “la vita politica è il regno dell’obiettività; valgono in essa le azioni più che le intenzioni”⁵¹, con la conseguenza che “è perciò obiettivamente impossibile distinguere ciò che è ufficiale da ciò che non è ufficiale, il pubblico dal privato; così come è impossibile distinguere gradi di pubblicità diversamente rilevanti dal punti di vista giuridico”⁵².

Negli ultimi anni negli Stati Uniti si è però assistito ad un ampliamento della dottrina del *Government speech* la quale è stata interpretata dalla Corte Suprema in senso fortemente estensivo: si è, infatti, sostenuto che se il governo – in qualità di *speaker* – stanZIA dei fondi per sostenere la comunicazione di un particolare messaggio, “non è obbligato a finanziare anche [la comunicazione di] altri punti di vista”⁵³. Il *Government speech* ha, inoltre, finito per includere anche la comunicazione istituzionale delegata a soggetti terzi⁵⁴.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem* e *Nat’l Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 598 (1998), Scalia, concurring opinion (“It is the very business of government to favor and disfavor points of view on (in modern times, at least) innumerable subjects”).

46 *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 598 (1998) (opinione concorrente del giudice Scalia).

47 A. Pace, M. Manetti, *Rapporti Civili. Art. 21, la libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2006, p. 102.

48 A. Pace e M. Manetti, *Art. 21*, cit., pp. 102-3.

49 Si comprende dunque, come il nodo essenziale si risolva nel chiarire come debba essere intesa l’espressione “compiuti nell’esercizio delle funzioni” e quindi, nel discriminare tra esternazioni funzionali ed extra-funzionali ai fini della responsabilità presidenziale ex art. 90 Cost. Le due pronunce della Corte di cassazione, sez. III civile, sentenze del 27 giugno 2000 n. 8733 e 8734 (*Flamigni c. Cossiga – Onorato c. Cossiga*), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, p. 2498 ss. e 3407 ss., nonché la successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 154 del 2004 hanno valorizzato il “nesso funzionale” tra esternazioni presidenziali e le attività svolte dal titolare della carica “nella qualità” di Presidente della Repubblica. Sul tema sia consentito rinviare ad A. Sperti, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, Giappichelli, 2010, in part. p. 123 ss.

50 *Ivi*, p. 103.

51 In particolare G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 982.

52 Pace e Manetti, *op. ult. cit.*, p. 103.

53 *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

54 Occorre precisare che secondo la Corte Suprema sarebbero da porsi al di fuori delle garanzie espresse dal I emendamento anche quelle situazioni in cui il Governo non “parli direttamente”, ma esprima il proprio punto di vista attraverso soggetti terzi da lui finanziati. Come la Corte Suprema ha sostenuto in *Rosenberg v. University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995) “noi abbiamo permesso al governo di regolare il contenuto di ciò che è o non è espresso sia quando esso sia lo *speaker*, sia quando esso si serva di soggetti privati per trasmettere il proprio messaggio”.

Questi sviluppi hanno reso alquanto incerta la linea di confine tra la comunicazione istituzionale e l'interferenza dei pubblici poteri sul dibattito pubblico. Durante la presidenza Trump, la preoccupazione per un illegittimo uso del potere di esternazione è peraltro accresciuta dal fenomeno delle cd. *fake news*, ed in particolare dalla diffusione – da parte della stessa amministrazione – di informazioni false o fuorvianti che limitano la libertà di informazioni e condizionano il dibattito pubblico⁵⁵. L'oggetto di questo commento esula dall'esame di questi profili problematici, ma ci sembra utile richiamarli poiché non sono estranei al dibattito in corso in Italia ed in altri paesi europei.

La posizione della giurisprudenza e della dottrina su questi temi è ancora incerta, ma una parte degli studiosi americani e della stessa Corte Suprema – a fronte, come si è detto, dell'impossibilità di invocare i limiti alla libertà di espressione in questo contesto – ha caldeggiato l'opportunità di individuare nuovi strumenti e limiti per contenere il potenziale "abuso di potere" degli organi costituzionali.⁵⁶ Guardando all'Europa, si è quindi, ad esempio invocato, il canone della ragionevolezza o il concetto di "eccesso di potere" o, ancora, la fissazione di uno *standard* sulla cui base valutare l'esercizio del potere di esternazione del Governo⁵⁷.

Come è stato sottolineato, è infatti innegabile che "alcuni atti, parole, simboli usati dal Governo siano costituzionalmente vietati in virtù del significato che essi trasmettono"⁵⁸. Anche se la libertà di espressione non si applica alla comunicazione istituzionale, qualificare un gruppo di persone o le loro relazioni in termini denigratori, costituirebbe comunque una violazione del principio di eguaglianza, così come tacciare di immoralità le donne che decidono di abortire rappresenterebbe un'illegittima interferenza nella loro libertà di autodeterminazione⁵⁹.

A fronte di questo genere di abusi, emerge quindi un'evidente difficoltà che, a fronte di una comunicazione istituzionale denigratoria o discriminatoria, potrebbe presentarsi anche nella nostra esperienza dati i limiti (o le cd. zone d'ombra) della giustizia costituzionale: l'assenza di un atto governativo che vieti espressamente l'uso delle sette parole *fetus, transgender, vulnerable, entitlement, diversity, evidence-based* e *science-based* pone, infatti, la "politica del silenzio" al di fuori della portata delle corti. Inoltre, negli Stati Uniti, non sussistendo neppure un suo danno "tangibile" (*particularized or concrete injury*), difficilmente il cittadino potrebbe dimostrare la propria legittimazione ad agire (*standing to sue*)⁶⁰ contro l'amministrazione.

4. Un termine di paragone: la politica del "*don't ask, don't tell*" nelle forze armate americane

Pur con i dovuti distinguo, le scelte dell'amministrazione Trump riportano alla mente altre *policies* del passato analogamente fondate sul silenzio sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.

55 Sul tema, H. Norton, *The Government's Lies and the Press Clause*, 89 *University of Colorado Law Review*, disponibile al sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2998909. Si v. inoltre, E. Chemerinsky, *The First Amendment in the Era of President Trump*, 94 *Denver Law Review* 553 (2017).

56 In realtà, occorre precisare, questo problema era stato evidenziato sin dagli anni Sessanta da T. Emerson, *Freedom of Expression in Wartime*, 116 *University of Pennsylvania Law Review* 975 (1968), in part. p. 1007 ("There is no effective legal remedy for much of [the government's harassment of political dissenters through its own speech]. Statements of public officials or warnings of investigation, for instance, are not subject to judicial redress. Nor is it possible to obtain court review of most activities of legislative committees, apart from citations for contempt.") e M.J. Yudof, *When Governments Speak: Toward a eory of Government Expression and the First Amendment*, 57 *Texas Law Review* 863 (1979).

57 In questo senso cfr. le affermazioni del giudice Souter nella sua opinione concorrente in *Summum*, cit., in part. 129 S.Ct., p. 1142 laddove egli invoca il ricorso ad un "*reasonable observer test*". In dottrina, Yudof, *When Governments Speak*, cit. ed i contributi di Golberg, H. Norton e R. Bezanson apparsi in *South Dakota Law Review*, 2012, p. 389 ss., nonché H. Norton, *Remedies and the Government's Constitutionally Harmful Speech*, consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097190.

58 M Dorf, *Same-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, And Law's Social Meanings*, in 97 *Virginia Law Review* 1267 (2011), in part. 1278.

59 Cfr. ad esempio, A.S. Greene, *Government Endorsement. A reply to N. Tebbe's Government Nonendorsement*, in 98 *Minnesota Law Review Headnotes* 87, p. 90 ("State speech might violate other constitutional rights--such as equal protection, nonestablishment, and due process").

60 M.C. Dorf, *Same-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, And Law's Social Meanings*, cit., p. 1280.

Il pensiero va in particolare alla policy del *don't ask, don't tell*, ossia all'impossibilità per i militari di dichiarare pubblicamente (o di manifestare attraverso il proprio comportamento) la propria omosessualità ed alla scelta dei vertici militari di non richiedere alle reclute ed ai membri delle forze armate di dichiarare il proprio orientamento sessuale.

L'omosessualità ha costituito, infatti, una causa di esclusione dalle forze armate negli Stati Uniti sin dall'epoca della rivoluzione americana, ma è solo con il Presidente Clinton che si esplicita l'impossibilità per coloro che servono nelle forze armate americane di dichiarare apertamente la propria omosessualità. Pur a fronte di una sua iniziale apertura verso il mondo LGBT, Clinton firmò, infatti, nel 1993 una legge secondo cui "la presenza nelle forze armate di persone che dimostrano una propensione o l'intento di porre in esse atti omosessuali creerebbe un rischio inaccettabile per gli *standards* morali, di ordine e di disciplina, nonché per la unità e coesione che costituiscono l'essenza del potenziale militare"⁶¹.

La *policy* non impose, dunque, il silenzio, ma di fatto lo presuppose. Non vietò apertamente ai vertici militari di richiedere alle reclute di dichiarare il proprio orientamento sessuale, ma suggerì di sospendere questo genere di indagini; al tempo stesso, non vietò ai militari di essere gay o lesbiche, ma sanzionò la condotta espressiva di un orientamento omosessuale: "l'omosessualità è un fatto privato e personale, non un impedimento al servizio militare ... a meno che esso non si manifesti attraverso una condotta omosessuale"⁶².

Certamente, rispetto alle attuali scelte di comunicazione istituzionale dell'amministrazione, la *policy* del silenzio sui militari LGBT era indirettamente attaccabile di fronte alle Corti federali attraverso un ricorso contro le misure sanzionatorie adottate nei confronti di coloro che avessero rivelato o manifestato pubblicamente la propria omosessualità. Tuttavia anche in questo contesto, sia la libertà di espressione che il principio di eguaglianza – il cui rispetto a livello federale è imposto dal V Emendamento⁶³ – costituivano parametri di legittimità costituzionale difficilmente invocabili dai soggetti lesi: un generale "privilegio" fondato sul principio della separazione dei poteri e sulla discrezionalità dell'amministrazione in relazione alla difesa (la cd. *doctrine of military deference*), nonché la separazione tra l'ordinamento civile e quello militare, conducevano, infatti, le corti a negare la sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali delle persone LGBT⁶⁴. Come il *Government speech*, quello militare appariva, dunque, un ambito di attività dei pubblici poteri immune da censure di illegittimità costituzionale: la stessa Corte Suprema aveva, infatti, ripetutamente affermato che "il differente carattere della comunità militare e della missione militare richiede una differente applicazione dei principi costituzionali"⁶⁵.

La politica del *don't ask, don't tell* è stata abrogata nel 2010 per iniziativa del Presidente Obama⁶⁶, ma il dibattito sulla sua legittimità costituzionale offre significativi insegnamenti sui rischi che una "politica del silenzio", anche se meno invasiva, può avere sul dibattito pubblico e sul riconoscimento dei diritti LGBT.

Nei primi anni Novanta, la dottrina americana attenta alle tematiche LGBT mise in evidenza come – pur nel dichiarato intento di punire (o prevenire) unicamente certe condotte sessuali – il *Don't ask, don't tell* intendesse in realtà punire una specifica tipologia di contenuti e ledere l'autodeterminazione individuale. "La Costituzione – scrisse Eskridge – stabilisce che lo Stato non può controllare i pensieri o le convinzioni personali e quelle caratteristiche personali che sono centrali per l'evolversi della personalità individuale.... *Policies* confuse come quella [del *don't ask, don't tell*] hanno un effetto inibitorio (*chilling effect*) sull'espressione e le condotte espressive delle persone gay, ma anche di coloro che sono potenzialmente gay". Il *Don't ask, don't tell*, dunque – concluse Eskridge – rappresenta "una forma di repressione non solo politica, ma anche personale perché riflette l'impegno sociale a mantenere la diversità sessuale e di genere nella segretezza (*in the closet*), non solo celata al pubblico, ma incapace di contribuire al discorso pubblico ed alla politica"⁶⁷.

61 *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1994*, P.L. 103-160 (10 U.S.C. §654a).

62 *Ibidem*. In realtà la *policy* non distingueva neppure tra *sexual orientation* e *sexual conduct*, rendendo ancora più sfuggente l'individuazione delle fattispecie vietate ed ancor maggiore la discrezionalità dei vertici militari nel sanzionarle.

63 Il V Emendamento, infatti, contiene la clausola del *due process* da cui, secondo la Corte Suprema deriva il dovere del rispetto del principio di eguaglianza a livello federale (*Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)). Il rispetto dell'eguaglianza è invece imposto agli Stati dal XIV Emendamento.

64 Sul tema, per tutti, W.N. Eskridge, *Gay Law. Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

65 *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981), in part. p. 64.

66 *Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010*.

67 Eskridge, *Gay Law*, cit., capitolo V.

5. Conclusione

Confrontata con la *ratio* alla base di quella *policy*, l'attuale "politica del silenzio" dell'amministrazione Trump non ci appare affatto diversa: entrambe, infatti, perpetuano la *logic of the closet* ed hanno l'effetto di presentare le persone LGBT come diverse, reiterando quella separazione tra pubblico e privato⁶⁸ che è stata opportunamente considerata la premessa stessa della discriminazione in base all'orientamento sessuale⁶⁹.

In conclusione, la portata di una "politica del silenzio" va, quindi, a nostro parere ben al di là della mera censura su temi considerati socialmente "scomodi": rendendo invisibile una parte dei cittadini, queste *policies* finiscono, al tempo stesso, per stigmatizzarli e per ledere la loro dignità. Se, come insegna Taylor, nella nostra sfera intima "intendiamo la formazione dell'identità e del sé come un dialogo ed una lotta ininterrotta con gli altri" e se, sul piano sociale, "le identità si formano in un dialogo aperto"⁷⁰, la costruzione della identità personale e del reciproco riconoscimento e rispetto di tutti gli individui presuppongono un dialogo aperto e libero che non dimentichi, né censuri alcun tratto dell'essere umano e della sua dimensione affettiva.

68 Sul passaggio dalla "*logic of the closet*" ad una dimensione pubblica della omosessualità grazie all'intervento delle corti costituzionali e della Corte EDU, sia consentito rinviare a A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017, in part. p. 29 ss.

69 E Sedwick, *Epistemology of the Closet*, Harmondsworth, Penguin, 1990, p. 71. Sul tema anche, M. Nussbaum, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

70 C. Taylor, *The Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992 (trad. it. *Multiculturalismo*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 9 ss., in part. pp. 21-2).

Commenti

Francesca Brunetta d'Usseaux, Daniele Ferrari***

La condizione intersessuale dalla “normalizzazione” alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca

Sommario

1. Osservazioni introduttive - 2. Lo *status* delle persone intersessuali nella dinamica internazionale ed europea - 3. La registrazione del sesso sui certificati di nascita - 4. Cenni di diritto comparato - 5. Il terzo genere anagrafico: la soluzione a tutti i problemi?

Abstract

Prendendo spunto dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca dell'ottobre 2017, il contributo approfondisce la nozione di intersessualismo nel diritto comparato ed europeo, cercando di ricostruire la definizione della qualificazione giuridica delle persone intersessuali, tra identità di genere e diritto.

Starting from the decision of the German Constitutional Court in 2017, the paper delves into the intersex condition in Comparative and European law, trying to reconstruct the definition of the juridical qualification of intersex people, between gender identity and law.

1. Osservazioni introduttive

Il presente contributo si propone di fornire alcuni elementi di riflessione sulla condizione giuridica delle persone intersessuali¹. Il percorso, che ci accingiamo ad intraprendere, si strutturerà in tre distinte parti: nella prima parte introduttiva, si proporranno alcune osservazioni sui legami tra binarismo di genere e condizione LGBTQI; nella seconda parte, si cercherà di descrivere lo *status* giuridico delle persone intersessuali alla luce delle dinamiche istituzionali e di *governance* dei diritti umani in corso nelle istituzioni internazionali ed europee; nella terza parte, si proporrà un approfondimento comparato sulla tutela delle persone intersessuali, che prenderà le mosse dalla recente sentenza della Corte Costituzionale tedesca riguardante il riconoscimento di un “terzo sesso” anagrafico. L'obiettivo della presente analisi è quello di delineare una mappatura dei diversi materiali giuridici che, attualmente, contribuiscono a definire la

* Associata di diritto privato comparato Università di Genova.

** Assegnista di ricerca in diritto ecclesiastico e canonico Università di Siena.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Il presente contributo, pur costituendo il risultato di un lavoro congiunto tra i due autori, si deve a Daniele Ferrari per quanto riguarda i paragrafi 1 e 2 e a Francesca Brunetta d'Usseaux per quanto riguarda i paragrafi 3 e 4. Il paragrafo cinque è invece da attribuirsi ad entrambi gli autori.

1 Sul tema, v. Focus, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'incepimento del sistema* (a cura di Anna Lorenzetti), in questa Rivista 2018, p. 6 ss., con contributi di Alessandro Comeni, Stefania Stefanelli, Giacomo Viggiani e Giacomo Cardaci.

condizione intersessuale. La ricostruzione della genealogia della nozione giuridica di intersessualismo appare utile, in relazione all'esigenza di mettere a tema l'evoluzione che tale concetto rappresenta rispetto al legame tra diritto, genere e sessualità.

Le nozioni di sessualità e di genere sono state oggetto di diversi studi che, in prospettiva multidisciplinare e interdisciplinare, hanno analizzato il significato che il binomio maschile-femminile ha assunto nella definizione culturale, giuridica e sociale dell'identità della persona². Tra questi studi, che non possono essere integralmente evocati in questa sede, alcune riflessioni hanno alimentato un dibattito in ambito giuridico. Tale dibattito, seppure molto ampio, può essere ricondotto a quattro principali linee di tendenza: 1) progressiva elaborazione di un modello inclusivo dei diritti umani rispetto alle persone LGBT³; 2) sviluppo di un diritto antidiscriminatorio in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere⁴; 3) messa in discussione del modello giuridico binario "maschile-femminile"⁵; 4) difesa del binarismo di genere in relazione alla definizione dello *status* della persona⁶. Queste linee di tendenza non verranno esaminate singolarmente, ma in relazione al processo di progressiva affermazione dei diritti LGBT in Europa.

Un modello inclusivo di tutela dei diritti umani rispetto alle minoranze sessuali si è affermato in Europa attraverso l'attuazione del principio di non discriminazione, sulla base del genere o dell'orientamento sessuale, all'interno di specifici diritti (dal diritto al matrimonio⁷, al riconoscimento del diritto alla riattribuzione del genere⁸, alla garanzia dello *status* di rifugiato per i perseguitati omosessuali,

- 2 Senza voler in questa sede ripercorrere la storia dei c.d. "gender studies", appare utile evidenziare come tale nuovo metodo di interpretazione dell'identità della persona, colta nella sua dimensione individuale e relazionale, si sia espresso in tutte le scienze sociali dalla sociologia (Amy S. Warthon, *The Sociology of Gender: An Introduction to Theory and Research*, II ed., Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2012), alla linguistica (F. Corbisiero, P. Maturi, E. Ruspini (a cura di), *Genere e linguaggio. I segni dell'uguaglianza e della diversità*, Milano: Franco Angeli, 2016), all'antropologia (Henrietta L. Moore, *A Passion for Difference: Essays in Anthropology and Gender*, Cambridge: Polity Press, 1994), alla psicologia (Vicki S. Helgeson, *Psychology of Gender*, V ed., New York: Taylor&Francis, 2017), alla filosofia (Judith Butler, *Fare e disfare il genere*, a cura di Federico Zappino, Milano: Mimesis, 2014), alla storia (Susan Kingsley Kent, *Gender and History*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011), al diritto (Barbara Pezzini (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio, vol. II, Lezioni, casi, materiali*, Bergamo: Bergamo University Press – Sestante edizioni, 2012).
- 3 V., ex multis, N. Bamforth, *Sexual Orientation and Rights*, Abingdon-on-Thames, 2015; D. Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, 1998; D. Ferrari, *Status giuridico ed orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, Pavia, 2015.
- 4 Cfr. C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015; L. Badgett, J. Frank (edit by), *Sexual Orientation Discrimination: An International Perspective*, Routledge, 2007.
- 5 Sul punto, all'interno dei c.d. gender studies, la riflessione femminista sulla nozione di genere, che ha contestato il binarismo "uomo-donna", quale meccanismo di dominazione del maschile sul femminile (J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York & London, 1990), si è espressa anche in alcuni scritti di carattere giuridico (C. A. Mackinnon, *Sex Equality*, 3rd Edition, New York, 2016). Per quanto riguarda la dottrina italiana che, in senso specifico, ha messo in discussione il dimorfismo di genere come dato naturale, cfr. L. Bernini, *Maschio e femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010; A. Schuster, *L'abbandono del dualismo etero normativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, 35 ss..
- 6 Alcuni autori hanno, infatti, difeso il binarismo di genere, quale criterio "naturale" di costruzione delle società umane, denunciando le pericolose derive della c.d. "teoria gender"; v. T. Anatrella, *La teoria del «gender» e l'origine dell'omosessualità. Una sfida culturale*, Roma, San Paolo Edizioni, 2015.
- 7 Ad oggi 14 Stati europei hanno introdotto il matrimonio tra persone dello stesso genere [Paesi Bassi (2001), Belgio (2003), Spagna (2005), Svezia (2009), Portogallo (2010), Danimarca (2011), Francia (2013), Inghilterra e Galles (2013), Lussemburgo (2014), Scozia (2014), Irlanda (2015), Finlandia (2017), Germania (2017), Austria (2019)].
- 8 Sul punto, l'adeguamento dei caratteri sessuali, attraverso intervento chirurgico, inizialmente, interpretato come la soluzione prevalente per ottenere la rettifica anagrafica, è stato superato, nella dinamica istituzionale dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, da un nuovo orientamento. In particolare, si è sostenuta una nozione psicologica di genere, slegata dal dato genitale, che consente la rettifica del nome anche in assenza dell'intervento medico di adeguamento del genere anatomico al genere anagrafico richiesto. In questo scenario, tale orientamento è stato espresso: a) a livello "comunitario", dal Parlamento Europeo che, con un'importante risoluzione del 15 marzo 2015, ha stigmatizzato l'obbligo previsto in alcuni Stati membri di modifica chirurgica dei caratteri sessuali per il cambio di genere, chiedendo "la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere" (Parlamento Europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia); b) Dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che, con la Risoluzione n. 1728 del 2010, ha invitato gli Stati membri a tutelare le persone transessuali attraverso specifiche normative sul cambiamento di sesso anagrafico. Nel rivolgere tale invito, l'Assemblea ha specificato che tali legge non devono avere l'effetto di subordinare la volontà del soggetto all'obbligo del trattamento medico o dell'operazione chirurgica; c) Dalla Corte di Strasburgo che, nella sentenza *Y. Y. c. Turchia*, ha qualificato la previsione contenuta nella legislazione turca sul cambio di sesso, che impone l'incapacità di procreare come

transessuali e intersessuali⁹). Tale processo sembra aver, gradualmente, attenuato il paradigma binario del genere quale criterio di costruzione dello *status* giuridico personale. In particolare, il riconoscimento sempre più forte dell'autonomia della persona nella sfera sessuale e personale ha determinato una messa in discussione del ruolo degli Stati quali unici decisori: con riguardo al singolo, dell'attribuzione del genere di appartenenza; con riguardo alle relazioni affettive, dell'uso della diversità di genere quale unico modello di orientamento sessuale giuridicamente accettabile e rilevante¹⁰.

Il descritto processo ha riguardato in modo prevalente, anche se diverso, le persone omosessuali e transessuali, traducendosi in scelte distinte di politica legislativa che, nei diversi ordinamenti statali, hanno riconosciuto specifici diritti alle persone LGBT. La condizione delle persone intersessuali, invece, appare ancora oggi sprovvista di adeguate tutele nella maggior parte degli Stati europei¹¹. La diversità di tale processo può essere ricondotta, in generale, alle ripercussioni differenziate che l'orientamento sessuale (omosessualità), l'identità di genere (transessualismo) o il possesso di specifici elementi del corpo "sessuati" (intersessualismo) hanno avuto sulla definizione dello *status* giuridico personale¹², in quegli ordinamenti che esauriscono l'identità sessuale al binomio "uomo-donna". In questi termini, omosessuali, transessuali ed intersessuali sono entrati in conflitto per ragioni diverse con il modello binario: le persone omosessuali a causa dell'attrazione nei confronti di soggetti del loro stesso genere in relazione, ad esempio, ad istituti giuridici fondati sul binarismo di genere e per questo riservati all'unione tra un uomo e una donna (matrimonio)¹³; le persone transessuali a causa della loro tensione verso un genere diverso da quello anatomico attribuitogli alla nascita; le persone intersessuali, fin dalla nascita, a causa di un dato anatomico che, non polarizzandosi sull'uno o sull'altro genere, è apparso ambiguo rispetto a modelli giuridici anagrafici che non prevedono una terza fattispecie¹⁴.

In tutti e tre i casi, una costruzione giuridica del genere e un modello di unione tra i generi fondati su una nozione anatomica di maschile e femminile, prescindendo da una libera scelta della persona, sono apparsi problematici sia *ab origine* rispetto allo *status* anagrafico della persona sia *ex post* all'interno del percorso esistenziale delle persone LGBTQI. Tutti questi soggetti hanno, infatti, subito rilevanti limitazioni nella loro sfera personale in relazione alla libertà di autodeterminarsi nella sfera sessuale ed affettiva.

Il binarismo di genere, in particolare, con riguardo alle persone transessuali ed intersessuali, affermando una "normalità anagrafica", ha anche imposto una "normalità anatomica" che, accertata e attribuita al momento della nascita, è reversibile per le persone transessuali, nelle sole ipotesi di "riattribuzione binaria" del genere "F to M" o "M to F"¹⁵, mentre per le persone intersessuali l'identità di

condizione per realizzare l'identità di genere desiderata, come una violazione dell'art. 8 della C.E.D.U. Infatti, non appare necessario in una società democratica imporre una tale limitazione della vita privata, che comprime la libertà di autodeterminazione del transessuale, imponendogli, in modo del tutto gratuito, trattamenti fortemente lesivi della sua integrità fisica e psicologica (Corte Edu, decisione del 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turchia*, ric. n. 14793/08, § 121. Sul punto, v., anche, G.C., decisione del 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, ric. n. 28957/95, § 90).

- 9 Ad esempio, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), nella guida "Researching the situation of lesbian, gay, and bisexual persons (LGB) in countries of origin" del 2015, ha chiarito che "*The guide focuses on researching the situation of LGB since transgender and intersex applicants for international protection are not so common*".
- 10 Da questo punto di vista, la dottrina ha osservato che: "A parte i rischi di stigmatizzazione dei soggetti che venissero classificati in questa 'terza' (e indefinita) categoria, resta il fatto che il dimorfismo sessuale conserva ancora una sua irriducibile e strutturale rilevanza in molte fattispecie regolate dal diritto, e collegate a principi e interessi di livello costituzionale (prima fra tutte, si è detto, il matrimonio)", v. A. D'Aloia, *Il "terzo" sesso*, in *Forumcostituzionale*, www.forumcostituzionale.it, 2014, p. 3.
- 11 Sul punto, il Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa ha osservato che "*la base de connaissances en matière de droits de l'homme sur les questions touchant les personnes intersexes présente encore des lacunes. À ce jour, on ne dispose que de peu d'informations sur la situation juridique et sociale de ces personnes dans de nombreux pays européens et dans le reste du monde*", v. Consiglio d'Europa, Commissario per i diritti umani, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015, 17, disponibile in <https://rm.coe.int/16806da66e>.
- 12 Per un approfondimento sulle definizioni e sulle differenze che intercorrono tra orientamento sessuale e identità di genere si rinvia all'introduzione (e alle relative note) ai Principi di Yogyakarta del 2013, v. Principi di Yogyakarta, *Principi sull'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani all'orientamento sessuale ed all'identità di genere*, 2013.
- 13 Per una critica alla qualificazione del matrimonio quale naturale unione tra un uomo ed una donna, v., *ex multiis*, N. Vassallo, "*Il matrimonio omosessuale è contro natura*" (*falso!*), Roma-Bari, Laterza, 2015.
- 14 Sul punto v., L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2012, 597 ss.
- 15 V. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli 2013.

genere da attribuire, rispetto a caratteri sessuali non definiti, viene, in molti casi, determinata dai soggetti esercenti la responsabilità genitoriale sul minore attraverso la decisione di sottoporlo a trattamenti chirurgici "correttivi"¹⁶. In questi termini, nel caso degli intersessuali, il genere anagrafico prevale su quello anatomico quale esito di un processo di normalizzazione giuridica, che si serve di trattamenti chirurgici giustificati dal giudizio patologico formulato dalla medicina¹⁷.

Il permanere del binarismo di genere all'interno dei modelli culturali sottesi alla definizione dei diritti fondamentali ha rappresentato, quindi, il presupposto di un giudizio negativo e stigmatizzante verso specifiche condizioni esistenziali¹⁸. Tale giudizio in Europa si è attenuato, fino quasi a dissolversi, con l'accesso, più o meno inclusivo, delle persone omosessuali e transessuali alla tutela dei diritti fondamentali, mentre permane, come vedremo ancora in oggi, nei confronti degli intersessuali, la cui dignità è lesa sulla base di conoscenze scientifiche non oggettive che separano in modo rigido maschile e femminile¹⁹.

2. Lo status delle persone intersessuali nella dinamica internazionale ed europea

Premesse queste prime osservazioni e venendo alla seconda parte del contributo, lo status giuridico delle persone intersessuali è emerso e si è affermato, in tempi relativamente recenti, in un processo di nuova interpretazione dei diritti umani avvenuto (e in corso) all'interno delle istituzioni internazionali di livello universale ed europeo²⁰. Il definirsi della condizione intersessuale, quale specifica qualità della persona giuridicamente rilevante e da tutelare, è stata presa in considerazione dalle istituzioni sovranazionali in due principali prospettive riguardanti: a) la definizione dello status di intersessuale; b) la garanzia dei diritti delle persone intersex.

Dal primo punto di vista, la definizione di persona intersessuale è emersa, in termini espliciti, nelle linee guida dell'Alto Commissariato ONU per i rifugiati (UNHCR) riguardanti i perseguitati LGBTI²¹, nella guida dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) riguardante i richiedenti asilo LGBTI²², nel rapporto della Fundamental Right Agency (FRA) di Vienna dell'Unione Europea sui diritti fondamentali delle persone intersessuali²³, nel documento "*Droits de l'homme et personnes Intersexes*" redatto

16 Cfr., con riguardo al caso italiano, A. Lorenzetti, *Intersex People in Italy between Silence of Harmful practices and violation of the best interest of the child*, in A. Lorenzetti, M.F. Moscati, *LGBTI Persons and Access to Justice*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2015, pp. 146 ss.

17 In questi termini, il rapporto tra binarismo di genere, diritto e scienza veniva così descritto da Foucault: "[l]e teorie biologiche della sessualità, le concezioni giuridiche dell'individuo, le forme di controllo amministrativo nelle nazioni moderne, hanno portato poco a poco al rifiuto dell'idea di una mescolanza dei due sessi in un unico corpo e di conseguenza a porre un limite alla libera scelta di individui indeterminati. Pertanto, tutti dovevano avere uno ed un solo sesso. Tutti dovevano avere la propria primaria, profonda, determinata identità sessuale; ciò che poteva apparire un elemento dell'altro sesso poteva essere solo accidentale, superficiale o persino semplicemente illusorio. Da un punto di vista medico, ciò significava che quando aveva di fronte un ermafrodito, il medico non doveva più riconoscere la presenza dei due sessi, giustapposti e mescolati, o sapere quale dei due prevaleva sull'altro, ma doveva decifrare il vero sesso nascosto sotto l'ambiguità delle apparenze", v. M. Foucault, *Herculine Barbin detta Alexina B. Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*, trad. it., Torino, Einaudi, 1979.

18 V. D. Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, cit..

19 Per dare una profondità biografica al processo di "normalizzazione" che il binarismo di genere impone attraverso la chirurgia, cfr. A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, in questa Rivista, anno V, numero 1/2018, 12-6.

20 V. J.A. Greenberg, *International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities. Who Should Determine the Appropriate Treatment for an Intersex Infant?*, in S.E. Sytsma (editor), *Ethics and the Intersex*, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2006, 87-101.

21 V. UNHCR, Linee guida in materia di protezione internazionale n. 9: Domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere nell'ambito dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del suo Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati.

22 Cfr. EASO, *Researching the situation of lesbian, gay, and bisexual persons (LGB) in countries of origin*, 2015.

23 V. FRA, *The fundamental rights situation of intersex people*, FRA Focus, 2015.

dal Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa²⁴ e in una risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sui diritti delle persone intersessuali del 2017.

L'UNHCR, nelle linee guida del 2008, ha dedicato un'intera sezione alla terminologia legata alle persecuzioni subite dalle minoranze sessuali, al fine di chiarire, in primo luogo, il significato dell'acronimo LGBTI in rapporto sia ad ogni singola condizione (definizione autonoma) sia alle differenze che intercorrono tra le persone che possono essere ricondotte alle diverse "categorie" (definizione relazionale). In questa prospettiva, il soggetto intersessuale è stato qualificato come "una persona (...) nata con una conformazione anatomica dell'apparato riproduttivo o sessuale, e/o un assetto cromosomico che non sembrano corrispondere alle nozioni biologiche tipiche dell'essere uomo o donna", mentre in relazione al genere e all'orientamento sessuale è stato evidenziato che "una persona intersessuale può identificarsi come uomo o donna, e il suo orientamento sessuale può essere lesbico, gay, bisessuale o eterosessuale".

Anche l'EASO ha redatto una guida sui richiedenti LGBTI, riprendendo il modello definitorio (autonomo e relazionale) contenuto nelle linee guida dell'UNHCR. In questo documento, l'Agenzia ha qualificato: in modo autonomo, l'intersessualismo come "*a medical condition in which an individual is born with reproductive or sexual anatomy and/or chromosome patterns that do not fit typical biological notions of being male or female*"; in relazione all'identità di genere e all'orientamento sessuale ha ribadito che "*an intersex person may identify as male or female or any other gender, while their sexual orientation may be lesbian, gay, bisexual, heterosexual, asexual, etc*".

In termini diversi, la FRA, all'interno del documento del 2015, ha elaborato una definizione tesa a sganciare la qualificazione giuridica dell'intersessualismo dal paradigma medico binario. In particolare, secondo l'Agenzia europea, "*intersex is a collective term for many natural variations in sex characteristics. It is not a medical condition*". In questo documento si rifiuta una definizione giuridica chiusa costruita sulla categoria medica "uomo-donna" e si privilegia un modello aperto. Gli autori dichiarano infatti che "*intersex is used in this paper as an umbrella term to denote a number of different variations in a person's bodily characteristics that do not match strict medical definitions of male or female*".

In una prospettiva ancora ulteriore, l'Alto Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa Nils Muiznieks ha criticato una definizione che tenda a ricondurre la condizione intersessuale ad una forma di terzo sesso, sostenendo che "*est important de ne pas regrouper les personnes intersexes dans une nouvelle catégorie collective, "le troisième sexe" par exemple, qui existerait parallèlement aux hommes et aux femmes. En effet, compte tenu de la grande diversité des personnes intersexes et du fait que nombre d'entre elles s'identifient comme des femmes ou des hommes, tandis que d'autres considèrent qu'elles ne sont ni l'un ni l'autre ou encore qu'elles sont les deux à la fois, une telle classification serait incorrecte. En fait, le qualificatif intersex n'est pas un type en soi, mais plutôt un terme générique qui regroupe l'ensemble des personnes présentant des "variations" des caractéristiques sexuelles*". Nello stesso rapporto, inoltre, si auspica la fine di una definizione patologica dell'intersessualità. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha recepito l'orientamento del Commissario in una risoluzione del 2017 dedicata ai diritti delle persone intersex. In particolare, l'istituzione europea ha criticato una definizione medica della condizione intersessuale, sostenendo che da un tale approccio discenda un giudizio patologico. Proprio la qualificazione dell'intersessualità come malattia ha prodotto, a parere dell'Assemblea parlamentare, gravi danni all'integrità psico-fisica delle persone intersex che, per essere curate, sono state sottoposte in tenera età a trattamenti non solo inutili, ma anche dannosi²⁵.

Con riguardo al secondo aspetto (garanzia dei diritti), nei documenti elaborati dalle istituzioni internazionali sono stati evidenziati: il ruolo di un'adeguata informazione medica al fine di proteggere il diritto all'autonomia e alla libera autodeterminazione dei minori intersessuali; l'esigenza di potenziare gli strumenti relativi al diritto antidiscriminatorio; l'inquadramento dei diritti degli intersessuali all'interno degli strumenti internazionali già esistenti in materia di disabilità, mutilazioni genitali e rispetto del diritto alla vita privata.

Dal primo punto di vista ²⁶, sia il Comitato ONU contro la tortura nelle osservazioni indirizzate alla Germania nel 2011²⁷ sia il Comitato ONU per i diritti del fanciullo nelle osservazioni indirizzate alla

24 Cfr. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015.

25 Cfr. Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017), *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*.

26 Per interventi a livello statale si veda ad esempio il *Gender Recognition Act* irlandese del 2015 o la normativa maltese, su cui *infra*.

27 Committee against Torture, Forty-seventh session, 31 October–25 November 2011, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture – Germany*.

Svizzera nel 2015²⁸ hanno evidenziato che un'adeguata informazione ai genitori permette, quando l'operazione ha finalità meramente estetiche, di non intervenire chirurgicamente e garantisce la libertà del minore di mantenere la propria integrità fisica nel rispetto dell'autonomia e della libera autodeterminazione della persona. Per consolidare tali buone prassi, i due comitati raccomandano agli Stati interessati di potenziare gli strumenti di sostegno (medico e psicologico) alle famiglie rispetto alle decisioni da prendere sul minore intersessuale.

Nella stessa prospettiva ONU di tutela dell'interesse del minore, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in una raccomandazione del 2013²⁹, ha sostenuto, all'interno dell'elenco delle diverse fattispecie di violazioni dell'integrità fisica dei minori, che *"undertake further research to increase knowledge about the specific situation of intersex people, ensure that no-one is subjected to unnecessary medical or surgical treatment that is cosmetic rather than vital for health during infancy or childhood, guarantee bodily integrity, autonomy and self-determination to persons concerned, and provide families with intersex children with adequate counselling and support"*. Il legame, tra tutela dell'autodeterminazione e superamento di un approccio medico correttivo, è stato evidenziato nel 2014 anche dallo stesso Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa Nils Muižnieks. In particolare, in uno specifico documento³⁰ dedicato alle persone intersessuali, il Commissario ha sostenuto che *"the early "normalising" treatments do not respect intersex persons' rights to self-determination and physical integrity. Intersex babies and younger children are not in a position to give their consent. The proxy consent given by parents may not be free and fully informed and can hardly take into account the best interests of the child in the long-run"*.

Dal secondo punto di vista (potenziamento strumenti di diritto antidiscriminatorio), le persone intersessuali sono state prese in considerazione come soggetti vulnerabili esposti al rischio di subire trattamenti discriminatori. Sul punto la FRA, all'interno del già citato rapporto sull'intersessualismo, ha evidenziato la lacuna esistente nella previsione del principio di non discriminazione contenuta nelle fonti internazionali ed europee. Tali fonti prevedono, a seconda dei casi, tra i fattori di rischio il sesso, il genere o l'orientamento sessuale, ma non la qualità personale dell'intersessualità. In questi termini, non esiste uno strumento specifico nel diritto antidiscriminatorio per proteggere le persone da trattamenti deteriori motivati da questa caratteristica, ma solo motivi che, a seconda dei casi, ma non in tutte le situazioni di discriminazione, possono assorbire l'intersessualità all'interno dei fattori di rischio del sesso, del genere o dell'orientamento sessuale. Applicando tale impostazione, ad esempio, una persona intersessuale, alla quale sia stato erroneamente attribuito un genere femminile alla nascita, potrà essere ritenuta discriminata sulla base del sesso, se le sarà impedito di contrarre matrimonio con una donna, quando il coniugio è riservato alle coppie eterosessuali dal diritto nazionale.

Alla luce della richiamata interpretazione, che tende ad includere la condizione intersex nel diritto antidiscriminatorio, la FRA sostiene che le discriminazioni subite dagli intersessuali siano protette dall'Unione Europea nel diritto originario e derivato. Tra le fonti originarie, il richiamo è all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE in relazione al fattore del sesso. Sul piano del diritto derivato, il riferimento è alla direttiva 2006/54 in rapporto alla qualità del genere. In particolare, rispetto all'interpretazione di questa direttiva, il Parlamento Europeo già in un rapporto del 2013³¹, ha sostenuto la possibilità di estendere il fattore discriminatorio del sesso alla tutela delle persone intersessuali.

Dal terzo punto di vista (inquadramento dei diritti delle persone intersex in strumenti di diritto internazionale già esistenti), nel già citato documento *"Droits de l'homme et personnes Intersexes"*, il Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, cogliendo i numerosi richiami alla condizione intersessuale contenuti negli atti del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità³², ha evidenziato che *"les personnes intersexes partagent aussi certaines préoccupations relatives aux droits de l'homme avec d'autres minorités, notamment les personnes handicapées et les personnes qui ont subi une mutilation ou une ablation génitale. Le cadre juridique de protection des personnes handicapées est aujourd'hui bien implanté au niveau international (...)"*. L'interpretazione viene motivata anche in ragione della lacuna attualmente esistente nelle fonti sovranazionali di tutela dei diritti umani rispetto a specifiche garanzie destinate ai soggetti intersessuali, lacuna che rappresenta la conseguenza di un più generale vuoto di conoscenza.

28 Committee on the Rights of the Child, 22 January 2015, *Concluding observations on Switzerland*.

29 V. Parliamentary Assembly, Resolution 1952 (2013)1 - *Final version, Children's right to physical integrity*.

30 Cfr. Human rights comment. *A boy or a girl or a person – intersex people lack recognition in Europe*, 2014.

31 *Report on the EU Roadmap against homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity* e2013/2183 (INI), Plenary sitting, No. A7-0009/2014, 7 January 2014, Strasbourg.

32 In questi termini, ad esempio, il 2 settembre 2016 il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha ammonito l'Italia per le pratiche di mutilazioni genitali intersex, denunciando tali pratiche come una violazione dell'art. 17 della convenzione sulla "Protezione dell'integrità della persona".

Con riferimento al diritto alla vita privata, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione n. 2191 del 2017³³, in materia di promozione dei diritti umani ed eliminazione della discriminazione contro le persone intersessuali, ha rivolto un invito agli Stati membri con riguardo alla disciplina dello stato civile e del riconoscimento giuridico del genere. In particolare, le previsioni riguardanti la registrazione delle nascite devono prevedere testualmente o essere applicate nel senso di rispettare la condizione dei bambini intersessuali. Tale garanzia si realizza quando il diritto alla vita privata dei genitori e del nascituro viene protetto, non registrando la condizione intersessuale alla nascita oppure, in sistemi "gender pluralism", assegnando al minore la condizione intersessuale o lo status che maggiormente rispetta l'identità del bambino. In questa prospettiva, continua l'istituzione europea, un buon indirizzo di politica legislativa potrebbe essere rappresentato dalla scelta di rendere opzionale la registrazione del sesso sui certificati di nascita e gli altri documenti di identità.

3. La registrazione del sesso sui certificati di nascita

Proprio la condizione intersessuale, fin qui evocata in relazione al diritto internazionale ed europeo, è stata oggetto della recente decisione della Corte Costituzionale tedesca³⁴: secondo i giudici, prevedere, al momento della registrazione anagrafica del nuovo nato, solo la scelta tra le voci "femminile" e "maschile", offrendo come unica alternativa l'omissione dell'indicazione del sesso (e non anche una terza esplicita denominazione), viola sia il diritto generale della personalità (ex art. 2, comma 1 in combinato disposto con l'art. 1, comma 1 Legge Fondamentale), sia il principio di non discriminazione (ex art. 3, comma 3 Legge Fondamentale)³⁵.

Il diritto tedesco, come accade nella maggior parte degli ordinamenti, sia di *civil*, sia di *common law*, sia europei sia d'oltreoceano³⁶, non prevedeva, fino al 2013, anno in cui è intervenuta una modifica della legge sullo stato civile delle persone³⁷, altra possibilità, a fronte dell'obbligatorietà dell'indicazione, se non quella dell'opzione tra sesso femminile e maschile. Conformemente peraltro alla rigida scelta ordinamentale che si era affermata nel 19° secolo, in virtù della quale, al momento della nascita, si sarebbe dovuto indicare il "vero sesso" del nuovo nato e che, in caso di dubbio, la decisione sarebbe, fondamentalmente, spettata ai medici; si era così abbandonata la strada tracciata dall'ALR, il codice prussiano del 1794, che prevedeva invece che le persone intersessuali³⁸ avessero la possibilità, fino al compimento del 18° anno di età, di correggere la *Geschlechtszuordnung*, l'attribuzione di sesso, effettuata dai genitori al momento della nascita e di indicare quindi autonomamente il proprio sesso, sebbene scegliendo solo, è giusto sottolinearlo, tra le due "tradizionali" possibilità.

Dunque, nel 2013, il legislatore tedesco era intervenuto con una modifica della legge regolante lo status anagrafico delle persone, tenendo conto anche delle risultanze cui era pervenuto lo studio sull'in-

33 Cfr. Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017), *Promoting the human rights*, cit..

34 Vedi testo in *Osservatorio decisioni*, in questa Rivista 2018, p. 205 (in lingua inglese) e traduzione (parziale) in lingua italiana a cura di R. De Felice, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

35 La decisione ha trovato diverso accoglimento in dottrina. K. Märker, *Drittes Geschlecht? Quo vadis Bundesverfassungsgericht?*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2018, p. 1 ss., esprime una posizione molto critica: il risultato cui è giunta la Corte sarebbe basato "su un errato dato biologico e scientifico". Reputano invece la decisione convincente, tra gli altri, S. Muckel, *Beschränkung des Geschlechtseintrags auf "männlich" oder "weiblich" im Personenstandsregister verfassungswidrig*, in *Juristische Arbeitsblätter* 2018, p. 154 e B. Frie, *Anmerkung zu BVerfG 10.10.2017-1 BvR 2019/16 Verfassungsrechtlicher Schutz der geschlechtlichen Identität*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2017, p. 1141 ss., secondo la quale, la Corte Costituzionale avrebbe scritto "una pagina di storia del diritto".

36 Vedi *infra*, par.4.

37 *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften PStRÄndG* del 7 maggio 2013, che ha modificato anche il § 22 della Legge sullo stato delle persone (*PStG – Personenstandsgesetz* del 19 febbraio 2007). Cfr. T. Helms, *Brauchen wir ein drittes Geschlecht?: Reformbedarf im deutschen (Familien-)Recht nach Einführung des § 22 Abs. 3 PStG*, Berlino, 2015.

38 La terminologia utilizzata nel codice era quella di ermafroditi.

tersessualità del Comitato etico tedesco nel 2012³⁹: qualora ad un bambino non potesse essere attribuito né il sesso femminile, né quello maschile, sarebbe stato possibile omettere tale indicazione⁴⁰.

La questione sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, sollevata da una persona affetta dalla sindrome di Turner⁴¹, concerneva la possibilità di poter correggere l'iscrizione "di sesso femminile", riportata nel registro delle nascite, sostituendo ad essa quella di "inter/diverso" o "diverso"⁴².

La Corte di primo grado, l'*Amtsgericht* di Hannover, con sentenza datata 13 ottobre 2014 aveva rigettato la richiesta della ricorrente: l'unica opzione sarebbe stata la cancellazione dal registro della dizione "femminile", non invece la sostituzione, che non era tra le opzioni previste dalla legge. La decisione era stata confermata in secondo grado dall'*Oberlandesgericht* di Celle, il 21 gennaio dell'anno successivo⁴³, ed infine anche dalla Corte di Cassazione Federale (*Bundesgerichtshof*), la quale, con sentenza del 22 giugno 2016⁴⁴ aveva rigettato l'istanza. Secondo i giudici, infatti, il legislatore tedesco, con la modifica alla legge sullo stato civile del 2013, da un lato avrebbe riconosciuto e quindi tutelato l'intersessualità, dall'altro avrebbe optato per un "compromesso" costituzionalmente legittimo. Infatti, se è vero che l'identità sessuale di una persona è tutelata dal diritto generale della personalità, è anche vero che gode di una certa discrezionalità quanto alla soluzione preferibile: l'esplicita previsione di un sesso ulteriore, rispetto a quello maschile e femminile, costituisce certo una possibile opzione, che però avrebbe inciso in maniera eccessiva su interessi ordinamentali dello Stato, a fronte dell'incertezza circa il modo migliore di affrontare la tutela delle persone intersessuali⁴⁵.

Tra l'altro, continua la Corte nel suo ragionamento, non ci sarebbe alcuna differenza sostanziale tra l'essere registrato con la dizione "inter" o "diverso", e l'assenza di una specifica attribuzione di genere, perché il diritto materiale non prevede disposizioni *ad hoc* per le persone intersessuali. Non sarebbe infine neanche possibile utilizzare le risultanze cui dottrina e giurisprudenza sono pervenute in riferi-

39 S. Gössl, *Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2016, p. 1122 ss.: muovendo dai problemi posti dal sistema binario alle persone intersessuali, nel 2012 il Comitato etico tedesco (*Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zur Intersexualität*, in <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf>) pubblicò un corposo studio sulla questione, segnalando le mancanze del diritto tedesco regolante lo stato civile che non teneva conto in maniera adeguata degli interessi delle persone intersessuali. Risultanze peraltro accolte solo in parte, visto che in realtà, il Comitato aveva affermato che fosse necessario prevedere una terza possibilità di registrazione del sesso, oltre a maschile e femminile.

40 § 22 (3), *PStG*: "Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen": il legislatore ha quindi previsto la possibilità "di non registrare il sesso dei neonati che non potessero essere ascritti al sesso maschile o al sesso femminile", così R. De Felice, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

41 La sindrome di Turner deriva dall'assenza totale o parziale di uno dei due cromosomi sessuali. Mentre la maggior parte delle persone hanno 46 cromosomi di cui 2 cromosomi sessuali nel loro corredo genetico (46,XX nelle femmine e 46,XY nei maschi), le persone con sindrome di Turner solitamente ne hanno solo 45 (45,X).

42 Quanto disposto dal § 22III *PStG*, è applicabile, secondo la giurisprudenza, anche in un momento successivo alla registrazione anagrafica di nascita, attraverso la cancellazione del dato previamente inserito. Così, le persone che non avevano avuto questa possibilità al momento della nascita sono equiparate a quelle per le quali invece sussiste l'opzione dopo l'entrata in vigore del nuovo § 22, cfr. S. Gössl, *Intersexuelle Menschen cit.*, p. 1122.

43 AG Hannover, 13.10.2014 -85 III 105/14; OLG Celle 21.01.2015 -17 W 28/14

44 XII ZB 52/15. Sentenza criticata quasi unanimemente in dottrina, così ad esempio, F. Brachthäuser e J. Remus, *Anmerkung zu BGH, 22.6.2016, - XII ZB 52715, Keine Eintragung von "inter" oder "divers" als Angabe des Geschlechts im Geburtenregister*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, p. 2885 ss. Gli autori sottolineano come il BGH abbia ignorato il messaggio di fondo inerente i diritti fondamentali come elaborato dalla Corte Costituzionale in riferimento alla transessualità (ed in particolare nella sentenza *BVerfGE* 49 286, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1979, p. 595): la dignità umana e il diritto alla libera esplicitazione della personalità impongono di adeguare lo status anagrafico al sesso cui il soggetto appartiene per sua costituzione psichica e fisica. Certo, la giurisprudenza non ha mai esplicitamente affermato che quella stessa giurisprudenza vada applicata anche alle persone intersessuali, ma il BGH ha errato nel limitare l'impatto della decisione al diritto di famiglia, quando invece sono in gioco interessi fondamentali. Senza contare poi, che il diritto di famiglia ha già fatto propria la molteplicità sessuale e di genere, così ad esempio tenendo conto delle questioni legate alla maternità di transessuali o coppie dello stesso sesso. Cfr. anche J.T. Theilen, *Intersexualität bleibt unsichtbar: kritische Anmerkungen zum Beschluss des BGH zu nicht-binären Eintragungen im Personenstandsrecht*, in *Das Standesamt* 2016, p. 295 ss.

45 Nel medesimo senso, ovvero che si tratti di scelta legittima e pienamente rientrante nel margine di apprezzamento di cui gode il legislatore anche T. Helms / A. Dutta, *Geschlechtseintrag "inter/divers" im Geburtenregister?*, in *Das Standesamt*, 2017, p. 98 ss.

mento alla tutela delle persone transessuali⁴⁶: è vero che la tutela della dignità umana e del diritto generale della personalità impongono che l'ordinamento riconosca la possibilità per il singolo di "scegliere" l'identità sessuale che lo rappresenta, ma, a differenza di quanto accade per le persone transessuali che chiedono l'attribuzione di un genere già esistente, nel caso di specie, si tratterebbe di crearne uno nuovo, il che avrebbe, sempre nelle parole dei giudici, ripercussioni di considerevole portata sull'ordinamento statale.

Il problema pare tuttavia mal posto⁴⁷: la decisione se un determinato interesse debba godere di protezione costituzionale, non dovrebbe dipendere dai vantaggi o svantaggi che discenderebbero da tale riconoscimento. Concentrandosi sulle conseguenze si mette in secondo piano proprio la questione principale, ovvero il diritto fondamentale del singolo all'identità di genere, così come elaborato dalla stessa giurisprudenza tedesca, ed in particolare dalla Corte Costituzionale, quale parte integrante del diritto generale della personalità.

Quanto agli interessi ordinamentali dello Stato, vi è chi sostiene che andrebbero accolte solo quelle scelte che "funzionano" nell'ordinamento e non invece quelle che all'ordinamento creano difficoltà: in questi casi, l'autonomia e la protezione degli interessi individuali dovrebbero cedere il passo. Tuttavia, si può anche sostenere che l'identità sessuale sia proprio uno degli ambiti in cui l'ingerenza dello Stato deve essere limitata dalla sussistenza di ragioni pregnanti e caratterizzata da un rigido principio di proporzionalità⁴⁸, che difficilmente si riscontra tenendo conto che la mancata previsione di un terzo genere impedisce totalmente alle persone transessuali di descrivere se stesse e la propria appartenenza di genere in maniera positiva⁴⁹. Il lasciare vacante l'indicazione dell'identità sessuale non rende certo agevole la risoluzione delle problematiche che si pongono in riferimento a matrimonio, unioni e discendenza; la registrazione di un terzo sesso non aggraverebbe certo la situazione attuale⁵⁰.

Stante il rigetto della sua domanda, la ricorrente si era allora avvalsa della possibilità, prevista dall'ordinamento tedesco, della cd. *Verfassungsbeschwerde*, ovvero il diritto di ciascun cittadino tedesco di adire la Corte Costituzionale (una volta esauriti i gradi di giudizio) qualora reputi di aver subito una lesione di un diritto fondamentale⁵¹.

La decisione dei giudici, che, come anticipato in apertura, hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dei §§ 21, comma 1, numero 3 e § 22, comma 3 del *Personenstandgesetz*, si snoda attraverso l'affermazione dei principi qui di seguito indicati.

Innanzitutto la Corte afferma che il diritto generale della personalità, diritto costituzionalmente garantito, tutela anche l'identità sessuale, che, anzi, ne costituisce uno degli aspetti più rilevanti. La possibilità per la persona di potersi rappresentare attraverso un genere determinato, è un passaggio fondamentale nella costruzione della propria personalità, sia dal punto di vista personale, sia da quello sociale. Questo è lo scopo delle registrazioni anagrafiche, permettere alla persona di trovare una propria collocazione all'interno dell'ordinamento: se poi però la legge stessa, da un lato impone la registrazione del sesso, dall'altro non permette alcuna indicazione positiva che veramente corrisponda all'identità sessuale di tutti quei soggetti che non si riconoscono nel dualismo di genere, essa realizza un sistema che necessariamente ha ripercussioni negative sullo sviluppo della loro personalità, perché impedisce loro di apparire all'esterno in maniera corrispondente al loro intimo sentire. La mera possibilità di omet-

46 S. Gössl, *Intersexuelle Menschen* cit., p. 1125, secondo la quale, la ratio elaborata dalla CEDU per tutelare le persone transessuali, ovvero la necessità di assicurare una vera corrispondenza tra indicazione anagrafica e l'identità sessuale veramente sentita propria dal soggetto, si dovrebbe applicare in maniera analoga anche alle persone intersessuali. La corrispondenza manca anche quando uno Stato preveda solo due opzioni, nelle quali il soggetto non ritiene di rientrare.

47 A. Röthel, *Autonomie im Familienrecht der Gegenwart*, in *JuristenZeitung* 2017, p. 116 ss.

48 S. Gössl, *Intersexuelle Menschen* cit., p. 1123.

49 Anzi, il fatto che si debba registrare l'annotazione "nessun sesso", sotto la dizione "indicazioni mancanti", implica una negazione totale della sessualità degli interessati e assume quasi carattere denigratorio, così A. Röthel, *ivi*, p. 122.

50 Così, A. Röthel, *ivi*, p. 122 ed in senso conforme anche B. Frie, *ivi*, p. 1147, secondo la quale le esigenze ordinamentali non sarebbero sufficienti a legittimare il diniego. S. Gössl, *Intersexuelle Menschen* cit., p. 1124, segnala infine, come, al principio della certezza delle risultanze dei registri di stato civile dovrebbe essere sovrapposto il cd. *Annäherungsgrundsatz*, ovvero il "principio di avvicinamento", che impone il cambiamento, quando, così facendo, ci si avvicina di più alla effettiva realtà giuridica. È il diritto di famiglia che dovrebbe essere interpretato alla luce dell'abbandono di questa categoria. Di diverso avviso invece A. D'Aloia, *ivi*, p. 3: "...resta il fatto che il dimorfismo sessuale conserva ancora una sua irriducibile e strutturale rilevanza in molte fattispecie regolate dal diritto, e collegate a principi e interessi di livello costituzionale (prima fra tutte, si è detto, il matrimonio). Scardinarlo (per legge o per decisione del giudice) in nome di un preteso diritto a vedersi riconosciuta una identità sessuale 'indeterminata', sembra essere, più che un 'avanzamento', una 'fuga in avanti' nell'elaborazione sui concetti di identità e di "diritto" (in senso soggettivo)".

51 Art 93, comma 4 a Legge Fondamentale

tere l'indicazione non tiene conto delle profonde esigenze delle persone intersessuali, che sentono di avere un'identità sessuale, solo non (sempre) riconducibile a "maschile" e "femminile".

La scelta del legislatore tedesco di informare il registro di stato civile alla classificazione sessuale binaria non è imposta dalla Costituzione: questa infatti, da un lato non prevede l'indicazione del sesso come dato necessario, dall'altro non esclude la possibilità di riconoscimento di un'ulteriore identità sessuale e non vi sono interessi superiori preponderanti che impediscano di provvedere in tal senso.

Muovendo da questa affermazione, la Corte riviene anche una violazione del divieto di non discriminazione basato sul sesso ex art. 3, comma 3 Legge Fondamentale. Scopo della disposizione è infatti proprio quello di evitare che persone appartenenti a gruppi "a rischio di discriminazione" possano trovarsi in posizioni di svantaggio e questo è invece quello che si realizza attraverso il combinato disposto delle disposizioni della legge sullo stato civile; le persone intersessuali non possono essere registrate secondo il loro sesso, e questo non è solo uno svantaggio, molto più, è un trattamento discriminatorio⁵².

Accertata quindi l'illegittimità costituzionale delle disposizioni citate, i giudici hanno concesso al legislatore tedesco tempo fino al 31 dicembre 2018 per elaborare una nuova disciplina; corti e amministrazioni sono tenute a disapplicare le norme in questione fino a quando il legislatore non avrà deciso tra le diverse soluzioni che gli si prospettano: eliminare del tutto le indicazioni relative al sesso dal registro di stato civile o trovare una definizione positiva adatta, oltre a "femminile" e "maschile", peraltro non necessariamente conformandosi a quanto richiesto dalla ricorrente nel procedimento *de quo*.

La prima soluzione, come segnalato anche in dottrina⁵³, non è scevra da problemi, tanto che il legislatore tedesco, con il progetto di legge dell'agosto di quest'anno⁵⁴, ha previsto di mantenere l'obbligatorietà della registrazione, permettendo tuttavia oltre alla già prevista omissione dell'indicazione o la scelta tra "femminile" e "maschile" di barrare anche una nuova casella, con la denominazione "diverso".

4. Cenni di diritto comparato

La Germania, che sarà quindi a breve uno dei primi ordinamenti ad abbandonare il tradizionale sistema binario di inquadramento del genere, non è però il primo Stato che si è dovuto confrontare con la questione della registrazione anagrafica improntata a tale dualismo. Proprio nella vicina Francia una fattispecie simile è stata sottoposta al vaglio della giurisprudenza⁵⁵: la *Cour d'Appel* d'Orléans, con sen-

52 Il Costituente, nel 1949, al momento della redazione dell'articolo 3, comma 3 prima frase della Legge Fondamentale, non aveva sicuramente tenuto conto dei soggetti intersessuali, tuttavia questo non impedisce che, alla luce delle nuove conoscenze, il principio si possa applicare anche a questi soggetti e che quindi sia loro estesa la tutela contro le discriminazioni, così anche B. Frie, *ivi*, p. 1141 ss.: sono gli stessi giudici, i quali, richiamando la loro decisione sulla *Sukzessivadoption* (sul punto sia permesso il rinvio a F. Brunetta d'Usseaux, *Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2013, p. 375) ricordano che l'interpretazione della Legge Fondamentale non deve necessariamente essere un'interpretazione storica. Anche la Risoluzione 2191 (2017), *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people* dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, al punto 7.4., pur suggerendo agli Stati Membri di inserire nella legislazione antidiscriminatoria "*sex characteristics as a specific prohibited ground*" prevede anche la possibilità "*of dealing with discrimination against them (intersex people) under the prohibited ground of sex, or as an "other" (unspecified) ground*". Negli Stati Uniti, la NYC Commission on Human Rights ha affermato nel 2015 che "*discrimination against someone for being intersex*" is gender discrimination prohibited by the New York City Human Rights Law.

53 S. Gössl, *Anmerkung zu BVerfG*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, p. 3643 ss., dove si segnala, tra l'altro, che entrambe le opzioni richiedono un intervento che avrebbe potuto essere realizzato nel 2013, al momento della modifica legislativa del § 22 III PStG, perché, a ben guardare, già questa disposizione presuppone che esistano persone che non rientrano nelle categorie "femminile e maschile".

54 Cfr. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister ein-zutragenden Angaben, BMJ 15.8.2018. Si segnala che, al Punto III. Alternativen, sono esposte le ragioni per cui il legislatore tedesco ha scelto questa seconda opzione: non è possibile rinunciare completamente all'indicazione del genere nel registro anagrafico che è nel quotidiano riferimento per tutti i rapporti giuridici. Ad esempio, le norme di collisione sono diverse per matrimoni tra persone di sesso diverso o uguale, cosicché, ai fini della loro applicazione, risulta necessario poter determinare a quale sesso appartengano i soggetti coinvolti. Problemi potrebbero sorgere anche a livello internazionale, basti pensare, agli Standards of the International Civil Aviation Organisation ICAO, secondo cui il passaporto deve contenere l'indicazione di genere.

55 G. Cardaci, *Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex*, in *Focus cit.*, p. 48: "nell'ordinamento francese è consentito, in forza di una circolare del *Ministère de la justice et des libertés*, per i genitori del neonato intersessuale, chiedere all'ufficiale di stato civile che nell'atto di nascita venga menzionato un «sesso indeterminato» o, finanche, in casi eccezionali, previo accordo con il Procuratore della Repubblica, chiedere che venga omessa completamente l'indicazione del sesso: in quest'ultimo caso, tuttavia, secondo la circolare, siffatta omissione è destinata a durare per un periodo massimo di due anni,

tenza resa a *Chambres Réunies* a marzo del 2016⁵⁶, ha negato la possibilità di registrazione come “sesso neutro o intersex” al ricorrente, che desiderava sostituire quella dizione all’indicazione “sesso maschile” effettuata alla nascita.

In prima battuta, il *Tribunal de Grande Instance* di Tours aveva accolto la richiesta, ordinando all’ufficiale di stato civile di procedere con la sostituzione della dizione “maschile” con quella di “sesso neutro”⁵⁷, ma la decisione era stata appunto ribaltata in grado di appello.

I giudici operano un’attenta analisi della situazione, soppesando i *pro* e i *contra*: da un lato, il principio di indisponibilità dello *status* anagrafico implica che il singolo debba tollerare delle imposizioni; per contro, è altresì vero che la particolare situazione del ricorrente e il rispetto della sua vita privata potrebbero giustificare un’eccezione, che permetterebbe al ricorrente, all’età di 63 anni, di ottenere una corrispondenza tra il suo stato civile e l’effettiva percezione soggettiva del proprio genere. Le necessarie modifiche ordinamentali, ed i conseguenti esborsi, non vengono dai giudici considerati ostativi alla modifica, perché controbilanciati, se non superati, dal diritto alla protezione della vita privata, come elaborato dalla giurisprudenza muovendo dall’art. 8 della CEDU.

Tuttavia, il problema, secondo i giudici è che le disposizioni “*législatives et réglementaires en vigueur*” prevedono di poter effettuare solo la registrazione come di sesso maschile o femminile; ammettere la pretesa del ricorrente significherebbe quindi riconoscere l’esistenza di un’altra categoria sessuale, andando al di là del potere di interpretazione della norma che compete al potere giudiziario e la cui eventuale creazione spetta invece unicamente al legislatore⁵⁸. Trapela quindi dalla sentenza il timore che, attraverso una semplice rettifica dello stato civile, si affermi l’esistenza di un’altra categoria sessuale, rispetto al sistema binario, il che travalica il potere di interpretazione della norma spettante al giudice ordinario e la cui creazione risiede unicamente nel potere del legislatore e nel suo libero apprezzamento.

Una menzione a parte merita la Repubblica di Malta, ordinamento nel quale non solo vi è stato il riconoscimento di un terzo sesso, ma questo si è attuato attraverso l’intervento legislativo: con la Legge sull’identità di genere, l’espressione di genere e le caratteristiche di genere approvata nel 2015⁵⁹, se da un lato si protegge il diritto all’integrità corporale e all’autonomia fisica delle persone intersessuali, specialmente minori, dall’altro si introduce il “genere x” nella registrazione anagrafica, ovvero la possibilità di attribuzione di un genere diverso da quello maschile e femminile.

Spostandosi oltreoceano, merita di essere segnalato l’intervento legislativo in California dove, dall’inizio del 2017⁶⁰ è permesso ai residenti cambiare il proprio atto di nascita al fine di ottenere una corrispondenza con la loro identità di genere, che, a seguito dell’entrata in vigore del *Gender Recognition*

superati i quali è indispensabile, all’esito di una procedura giudiziaria – esperibile, in caso di inerzia dei genitori, da parte dello stesso Procuratore della Repubblica – optare per il sesso maschile o per quello femminile; proprio per queste ragioni, dunque, la normativa in esame prescrive all’ufficiale di stato civile di suggerire ai genitori del neonato intersessuale l’imposizione di un prenome neutro, idoneo «*par un fille et par un garçon*».

56 Cour d’Appel d’Orléans, *Chambres Réunies*, sentenza del 22 marzo 2016, n. 142.

57 Riferita anche da G. Cardaci, *ivi*, a nota 27.

58 Cfr. analoga motivazione, ma con riferimento all’ordinamento italiano, A. D’Aloia, *ivi*, p. 3: “Non voglio negare che si possa porre anche in questo caso un problema identitario, che tuttavia sembra atteggiarsi in modo diverso rispetto a quanto si verifica nelle ipotesi ‘classiche’ di transessualismo e di cambiamento del sesso. Costringere un soggetto dentro un’identità opposta a quella che egli sente come propria, e impedirgli di realizzare un percorso di avvicinamento e di armonizzazione tra ‘corpo’ (ed eventualmente anche identificazione anagrafica), e ‘genere percepito’, non è a mio avviso la stessa cosa (sul piano della intensità della discriminazione e della limitazione al godimento dei suoi diritti) che chiedergli di accettare lo schema binario della classificazione di genere, e di rimanere in uno dei due poli della sessualità, anche quando nessuno di questi due riesca a rappresentare esaustivamente la complessa realtà fisico-biologica e psichica di una persona”.

59 *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (GIGESC Act)* nel quale si legge che la ragione dell’intervento legislativo vada ricercata nel principio per cui “*public service has the duty to ensure that unlawful sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics discrimination and harassment are eliminated, whilst its services must promote equality of opportunity to all, irrespective of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics*”. Cfr. il commento di R. De Felice, in *Articolo29*, www.articolo29.it: «La legge deve essere specificata da un regolamento, ma già può dirsi ch’essa comprenda la identificazione di un terzo “gender” come il “nessun gender” o genere X, già riconoscibile se acquisito mediante provvedimento straniero obbligatoriamente da riconoscere nel piccolo Stato; inoltre, è d’obbligo menzionare che nello stesso art. 10 si accenna al caso di assegnazione non già di un genere “zero” ma di un genere “altro” (come riconosciuto in molte culture non binarie)».

60 *SB-179 Gender identity: female, male, or nonbinary* 2017, la sec. 2 dispone infatti “...It is the intent of the Legislature in enacting this legislation to provide three equally recognized gender options on state-issued identification documents—female, male, and nonbinary—and an efficient and fair process for people to amend their gender designation on state-issued identification documents so that state-issued identification documents legally recognize a person’s accurate gender identification”. Analogamente aveva fatto anche lo Stato dell’Oregon nel 2017.

Act non deve più necessariamente essere maschile o femminile: è infatti prevista la possibilità di indicare un terzo genere. Il Colorado sta invece affrontando la questione attraverso la via giurisprudenziale: in *Zzyym v. Kerry*, sentenza del 2016, i giudici hanno affrontato la questione del rifiuto di una pubblica amministrazione al rilascio del passaporto a Dana Alix ZZyym, che, nel formulario di richiesta, non aveva barrato né il simbolo F né quello M, ma aveva invece aggiunto una X accanto alle caselle indicate. Il dipartimento deputato al rilascio del documento si era rifiutato di procedere con la pratica, considerando la domanda incompleta. I giudici della District Court del Colorado reputano sufficiente affrontare la questione sotto il profilo amministrativo, ovvero valutare la razionalità dell'iter procedurale: le ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il mancato rilascio del passaporto con la dizione indicata vengono considerate insufficienti, tautologiche e prive di ragionevolezza e di conseguenza si richiede al dipartimento di riconsiderare la questione⁶¹. Sebbene la ricorrente avesse invocato a sostegno della propria richiesta anche il V emendamento della Costituzione americana e quindi un giudizio di legittimità costituzionale della normativa, i giudici si limitano ad affermare, a conclusione della disamina: "*The court will not address the constitutional issue unless and until it needs to*"⁶².

In Australia la registrazione di un terzo genere è stata ottenuta attraverso la via giurisprudenziale: con la sentenza *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*⁶³, i giudici affermano che la legge può essere interpretata nel senso di permettere una registrazione come "*non-specific*", muovendosi, come è stato scritto, "sui binari della interpretazione, tra le parole della legge"⁶⁴.

A conclusione di questa breve panoramica comparata⁶⁵ merita un riferimento l'ordinamento indiano ed in generale l'area asiatica⁶⁶: la Corte suprema dell'India nel 2014⁶⁷, ha stabilito che l'ordinamento deve garantire a coloro i quali non si riconoscano nella classificazione sessuale binaria un riconoscimento legale come terzo genere, muovendo però proprio dalla necessità di protezione dalle discriminazioni, dalla necessità di tutela della dignità umana, riconoscendo che il "terzo sesso" sia da considerarsi uno dei principali aspetti del diritto all'autodeterminazione della persona, sottolineando peraltro anche l'"apertura dell'interpretazione della Costituzione al dato culturale" una delle condizioni, insieme all'analisi comparata "che sembrano precostituire le condizioni più appropriate per un approccio privo di pregiudizi"⁶⁸.

Si segnala infine l'intervento della Corte Costituzionale austriaca del 15 giugno 2018: la legge anagrafica nazionale deve permettere, ai soggetti interessati, l'iscrizione nello stato civile come appartenenti a un "terzo sesso", distinto da quello maschile e femminile. Per la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, la giurisprudenza austriaca raggiunge quindi sostanzialmente il risultato richiesto invece, qualche mese prima, dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco al legislatore nazionale.

61 Per la diversa risoluzione di una fattispecie analoga cfr. <https://www.passports.gov.au/passportexplained/theapplicationprocess/eligibilityoverview/Pages/changeofsexdoborpop.aspx>: nelle istruzioni per la richiesta di rilascio del passaporto si legge "*We can issue a passport to sex and gender diverse applicants, identifying them as M (male), F (female) or X (indeterminate/intersex/unspecified)*".

62 Sull'opportunità o meno di affrontare la questione dal punto di vista dei diritti fondamentali e quindi del diritto costituzionale cfr. A. D'Aloia, *ivi*, p. 4: "I diritti sono la risorsa più potente e fragile al tempo stesso del linguaggio costituzionale, ciò che giustifica la sua prescrittività. Proprio per questo non conviene inflazionarli ...rivestendo tutto ciò che si agita a livello dei desideri umani e delle rivendicazioni soggettive della qualifica di 'diritti fondamentali'"

63 High Court, sentenza del 2 aprile 2014: per riferimenti e un commento alla sentenza, si veda M. Caielli, «Transgender» sì, omosessuale no: riflessioni sulle apparenti incoerenze nella recente giurisprudenza della Corte Suprema dell'Unione indiana, Milano, 2015, p. 191.

64 A. D'Aloia, *ivi*, p. 2.

65 Per cui si rinvia anche ai riferimenti in S. Gössl, *Intersexuelle Menschen cit.*, p. 1122, nota 9 e 10.

66 Il riferimento è tratto da M. Caielli, *ivi*, p. 193: l'autrice ricorda come sia Nepal, sia Pakistan, sia Bangladesh, nel tentativo di limitare la marginalizzazione delle persone transgender e intersessuali, sono giunte a riconoscere il terzo genere per via giudiziaria (vedi Corte Suprema del Nepal *Sunil Babu Pant & Ors. V. Nepal Government* 2007 e Corte Suprema Pakistaniana, *Dr. Mohammad Aslam Khaki & Anr. V. Senior Superintendent of Police (Operation) Rawalpindi & Ors* 2011 citate nell'articolo menzionato).

67 Corte Suprema Indiana, 15 aprile 2014, *National Legal Services Authority v. Union of India and others*, citata da M. Caielli, *La tutela dell'orientamento sessuale in India tra giudici e legislatore: un anomalo self-restraint della Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, in www.dpce.it/dpce-online/15 aprile 2014. Cfr. anche A. Schillaci, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte Suprema dell'India*, in questa Rivista, 2014, 2, 175.

68 A. Schillaci, *ivi*, p. 176.

5. Il terzo genere anagrafico: la soluzione a tutti i problemi?

Se è vero che la tutela delle persone intersessuali, che si declina sicuramente almeno come diritto all'integrità⁶⁹ e all'identità⁷⁰, può essere letta alla luce del più ampio valore dell'autonomia, che caratterizza il diritto ed in particolare il diritto di famiglia moderno⁷¹, è anche vero che l'identificazione anagrafica è uno degli aspetti che permettono il pieno sviluppo e godimento del diritto all'autodeterminazione, del diritto al rispetto della dignità e personalità di tutti coloro che per qualche ragione non si riconoscono nella rigida classificazione sessuale binaria⁷². In senso più ampio la domanda che si pone oggi al diritto, e che è stata solo in parte affrontata dalla giurisprudenza e dal legislatore, è quella se e quanto il diritto possa imporre una attribuzione di genere o al contrario sia chiamato a collaborare alla possibilità che il singolo dia di sé una immagine corrispondente al proprio sentire⁷³.

In particolare poi, se l'abbandono dell'eteronormatività pare "un passo fondamentale per la visibilità delle persone intersex e il rispetto dei loro diritti", è legittimo anche il "timore che la possibilità di autodeterminarsi possa trasformarsi nell'obbligo di essere schedati come "i diversi", aumentando lo stigma invece di cancellarlo"⁷⁴; il punto infatti probabilmente è che "la garanzia dei loro diritti, la salvaguardia e la protezione dell'autodeterminazione delle persone intersex dovrebbero essere obiettivo primario di tutto l'impianto legislativo"⁷⁵ nazionale e sovranazionale.

La tensione tra autonomia e autorità in relazione alla condizione intersessuale non solo dimostra una certa ambivalenza rispetto a soluzioni che, apparentemente liberali, potrebbero rivelarsi nuovi insidiosi strumenti di ghettizzazione dei "diversi", ma anche il riemergere del ruolo della medicina quale dispositivo di repressione delle minoranze sessuali. In questi termini, così come il riconoscimento giuridico dei diritti LGBT ha coinciso con un divorzio tra psichiatria e diritto, in relazione alla rilevanza normativa del giudizio medico-diagnostico che qualificava l'omosessualità come una patologia mentale⁷⁶, anche la tutela dei diritti delle persone intersessuali, al di là delle singole soluzioni, dovrà fondarsi su un modello culturale e giuridico che non ritenga gli intersessuali dei pazienti da curare. Questo potrà avvenire solo a condizione che gli ordinamenti giuridici trovino dei temperamenti, come auspicato anche dalle istituzioni internazionali, rispetto a quella "pretesa oggettivante" sull'identità di genere espressa ed esercitata attraverso il modello binario fondato sull'equivalenza tra genere giuridico e dato "medico-anatomico". In assenza di interventi di riforma, in definitiva, l'identità di genere continuerà ad essere ridotta ad un dato scientifico e questo con una conseguente trasformazione dei diritti delle persone intersessuali da diritti fondamentali del singolo a diritti riflessi sul singolo, in funzione della categoria collettiva "uomo-donna".

69 Su cui rinvio a *Focus* cit.

70 A. Röthel, *ivi*, p. 117.

71 J. Gernhuber/ D. Coester Waltjen, *Familienrecht*, 6. Aufl., 2010, § 1 Rn. 19.

72 A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit.: "adeguando al proprio modo di sentirsi, alla propria identità percepita, i caratteri fisici, esteriori, o anche solo il nome,; ovvero poter vivere liberamente il proprio orientamento sessuale, senza il rischio di incorrere in una sanzione penale o anche solo in una riprovazione morale, e anzi con un riconoscimento giuridico di questa dimensione affettiva, hanno effettivamente rimosso un ostacolo, per molti individui pesante ed insostenibile, al pieno e libero sviluppo della personalità".

73 A. Röthel, *ivi*, p. 120.

74 A. Comeni, *ivi*, p. 15: "non è poi vero che tutte le persone intersex, avendone possibilità, sceglierebbero la terza casella, anzi: il già citato studio australiano esplorando anche questo aspetto, riportava che la stragrande maggioranza delle persone intersex si identifica in uno dei due generi tradizionali".

75 A. Comeni, *ivi*, p. 15.

76 Sul punto v. D. Ferrari, *Status giuridico ed orientamento sessuale*, cit., p. 22 ss.

Alessandra Lang*

Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso *Coman*

Sommario

1. Premessa. – 2. Il ricongiungimento del coniuge dello stesso sesso. – 2.1. La direttiva 2004/38. – 2.2. L'ostacolo alla libera circolazione. – 3. Sulla rilevanza per il diritto dell'Unione del caso di specie. – 4. Le questioni aperte.

Abstract

Nel caso *Coman*, la Corte di giustizia affronta per la prima volta la spinosa questione del riconoscimento dei matrimoni omosessuali ai fini del ricongiungimento familiare. Essa afferma che il Trattato, e segnatamente l'art. 21 TFUE, non consente ad uno Stato membro di non concedere il diritto di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo, che ha contratto matrimonio omosessuale in un altro Stato dell'Unione con un proprio cittadino, se la coppia ha sviluppato una vita familiare in tale altro Stato membro. Un diniego costituirebbe un ostacolo alla libera circolazione delle persone, in contrasto con il diritto dell'Unione europea. La motivazione non appare adeguatamente sviluppata, anche in considerazione del carattere sensibile del problema giuridico sottostante per alcuni Stati dell'Unione. Ciò nondimeno, è impossibile sminuire la rilevanza della pronuncia.

In its Coman ruling, the Court discusses the thorny issue of recognition of same-sex marriages for the purpose of family reunification for the first time. The judges state that EU law and especially Art. 21 TFEU do not allow a Member State to deny the right of residence to a third country national, who married his same sex-partner (who is a national of the said State) in another Member State where they lived and enjoyed a family life. The denial of the right of residence is an obstacle to the free movement of persons, granted by the Treaty to the citizens of the Union. The legal reasoning of the ruling does not seem as thorough as the sensitivity of the case would have required. The decision to frame the case within primary law make it difficult to assess the scope of application of the legal principle it enshrines. None the less, the importance of the judgment cannot be disregarded.

* Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Premessa

Nella sentenza in commento¹, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha offerto una soluzione molto attesa ad un problema che ha appassionato – e diviso – la dottrina: se il ricongiungimento familiare del coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione sia assicurato dal diritto dell'Unione. La risposta è positiva, purché tra i coniugi, validamente sposati in uno Stato membro, sia sorta una vita familiare che lo Stato ospite è tenuto a rispettare.

La controversia nazionale² origina dalla contestazione della comunicazione con cui l'autorità competente della Romania, in risposta ad una richiesta di informazioni, aveva prospettato il diniego di un titolo di soggiorno al coniuge (sig. Hamilton) di un cittadino romeno (sig. Coman) che intendeva rientrare nel suo paese di origine dopo aver trascorso un certo numero di anni in Belgio, dove aveva svolto attività di lavoro dipendente. Il coniuge era cittadino statunitense (quindi, cittadino di un paese terzo) e il matrimonio era stato celebrato in Belgio. Il diritto romeno vieta, con espressa previsione di legge, i matrimoni tra persone dello stesso sesso, come pure il riconoscimento di siffatti matrimoni conclusi all'estero.

Il ragionamento della Corte di giustizia si sviluppa in due fasi: prima, la Corte afferma che il caso rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, nonostante la circostanza che il cittadino dell'Unione volesse stabilirsi con il suo coniuge nel proprio paese di origine³; poi che il ricongiungimento deve essere concesso al coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione. Benché la Corte affronti le due questioni nell'ordine indicato, la presente nota le esaminerà in ordine inverso, per meglio mettere in evidenza la debolezza del fondamento teorico alla base del primo assunto, tralasciamente ripetuto dalla giurisprudenza, ma palese nel caso di specie, come si intende dimostrare. Non si vuole qui criticare la soluzione raggiunta, bensì suggerire che una migliore argomentazione potrebbe rafforzarne il carattere persuasivo.

Pare opportuno inoltre precisare che la presente nota non sviluppa un'analisi internazionale-privatistica, intesa a individuare il diritto applicabile ai matrimoni tra persone dello stesso sesso o a valutare gli effetti del riconoscimento di siffatti matrimoni. Neppure analizza la vicenda *Coman* secondo il prisma del diritto dei diritti umani. Non si vuole certo negare o minimizzare la rilevanza che tale chiave di lettura può avere rispetto al trattamento degli stranieri tra i quali sussiste una vita familiare. Tuttavia, la Corte di giustizia non ha seguito questo approccio nel decidere il caso, per privilegiare invece l'interpretazione delle disposizioni del Trattato relative al diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione, e la presente nota intende commentare la sentenza, senza ambire a suggerire un diverso *iter* argomentativo.

Prima di passare all'analisi della sentenza della Corte, alcune considerazioni di contesto devono essere svolte in via di premessa.

Il diritto del migrante di essere accompagnato dai membri della famiglia nucleare è stato garantito dal diritto comunitario sin dall'adozione dei primi atti sulla libera circolazione delle persone⁴. È ben noto che la Comunità economica europea, antesignana dell'attuale Unione europea, era innanzitutto un mercato comune, dove merci, persone, servizi e capitali potevano circolare liberamente senza incontrare ostacoli (art. 3 TCEE). Poiché, soprattutto all'inizio, si perseguiva l'obiettivo di favorire la mobilità del lavoro, l'assunto alla base della scelta di assicurare il ricongiungimento familiare è che il migrante è più disponibile a spostarsi (verso la domanda di lavoro) se può essere accompagnato dalla famiglia e in questo modo può integrarsi più facilmente nello Stato ospite. Non è necessario ripercorrere l'evoluzione

- 1 Sentenza della Corte di giustizia Ue (Grande sezione), 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385.
- 2 Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è sollevato dalla Corte costituzionale (Curtea Constituțională), adita a sua volta dal giudice di primo grado che aveva sollevato una eccezione di incostituzionalità delle disposizioni del codice civile che vietano il matrimonio tra persone dello stesso sesso e il riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero con la tutela costituzionale della vita privata e familiare e della parità di trattamento. La Corte costituzionale ha reso la sua decisione il 18 luglio 2018, affermando la compatibilità con la Costituzione della disposizione controversa, se interpretata alla luce della sentenza *Coman* della Corte di giustizia. Si v., in senso critico, E. Brodeala, *Paying Lip Service to the CJEU: The Unsurprising Decision of the Constitutional Court of Romania in the Coman Case*, in *EUI Blogs*, blogs.eui.eu, 2018, che accusa la Corte romana di aver dimostrato poco coraggio.
- 3 In altri termini, la situazione non è "puramente interna", cioè sottratta all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Come noto, tali situazioni, in quanto prive di connessioni con il diritto dell'Unione, non sono da esso regolate. Si v., per tutti, S. Iglesias Sánchez, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, pp. 7 ss.
- 4 Per una sintetica ma efficace ricostruzione, si rinvia a E. Guild, *Free Movement of Workers: From Third Country National to Citizen of the Union*, in *Rethinking the free movement of workers: the European challenges ahead*, P. Minderhoud, N. Trimikliniotis (eds.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, pp. 25 ss.

della normativa, che può essere sintetizzata in poche frasi: da diritto dei lavoratori migranti, il ricongiungimento familiare è divenuto diritto dei cittadini dell'Unione⁵; da diritto dei soli cittadini dell'Unione, è divenuto diritto degli stranieri legalmente residenti da cinque anni in uno Stato dell'Unione⁶.

La famiglia ammessa al ricongiungimento è identificata quanto meno come quella nucleare: coniuge e figli minori⁷. Era probabilmente implicito che si avesse in mente una famiglia costituita dal capofamiglia lavoratore, con una moglie che si occupava dei bambini⁸. È verosimile che "famiglia" sia da annoverare tra quei concetti che chiunque comprende ma di cui è difficile dare una definizione condivisa. L'evoluzione sociale, il contatto con altri modelli culturali, da ultimo la tecnologia (si pensi alla maternità surrogata), influenzano e trasformano l'idea di famiglia⁹. Certi Stati hanno regolato per via legislativa tali mutamenti, altri hanno preferito non disciplinarli, altri ancora cercano di contrastarli. È inevitabile che tali mutamenti si ripercuotano prima o poi sul diritto dell'Unione¹⁰: i cittadini dell'Unione vogliono esercitare la libera circolazione, accompagnati da coloro che considerano propri familiari. Dove la percezione soggettiva di chi sia il familiare si scontra con la qualificazione giuridica dello Stato ospite, ecco che sorge una questione che chiede di essere risolta. In una Unione in cui la libera circolazione è un portato acquisito, la soluzione che lo Stato ospite fornisce può non essere percepita come giusta e compatibile con il diritto dell'Unione.

2. Il ricongiungimento del coniuge dello stesso sesso

Passando all'analisi della sentenza *Coman*, si deve menzionare che la Corte, dopo aver affermato che il caso rientra nell'ambito del diritto dell'Unione (questione esaminata nel paragrafo 3 della presente commento), individua il diritto dell'Unione applicabile.

Il giudice nazionale aveva chiesto, per mezzo di un rinvio pregiudiziale, l'interpretazione della direttiva 2004/38, relativa al diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari¹¹. La Corte,

- 5 A. Castro Oliveira, *Workers and Other Persons: Step-by-Step from Movement to Citizenship – Case law 1995-2001*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 77 ss. Al contempo, però, la dottrina non ha mancato di mettere in evidenza che non sembra che ne sia conseguito un reale cambio di paradigma interpretativo: si v. N. Nic Shuibhne, *The resilience of the EU market citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 1612 ss.
- 6 Il ricongiungimento familiare dei cittadini dei paesi terzi legalmente residenti è stato modellato (almeno nelle intenzioni iniziali) su quello dei cittadini dell'Unione: *Verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia*, Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, punti 18 e 21. Sul punto si tornerà nel paragrafo conclusivo.
- 7 Si tratta dei familiari il cui ricongiungimento familiare è garantito in ogni caso, quale sia il regime giuridico applicabile. È bensì vero che alcuni atti di diritto derivato contengono una elencazione più ampia di beneficiari del diritto al ricongiungimento familiare; tuttavia, ai presenti fini, un'analisi puntuale non appare necessaria.
- 8 E. Spaventa, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through Its Scope*, in *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, D. Kochenov (ed.), Cambridge University Press, 2017, pp. 204 ss.
- 9 M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia: le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2014.
- 10 Per limitarsi a soli due esempi legati al diritto di famiglia musulmano, si pone il problema dell'attribuzione della qualità di coniuge, al fine del ricongiungimento familiare, alle mogli in un matrimonio poligamico (tendenzialmente negato per contrarietà all'ordine pubblico, in quanto nessuno degli Stati membri ammette tale istituto) e della attribuzione della qualità di "discendente" al minore affidato in *kafalah*, istituto che inserisce il minore nella famiglia dell'affidatario, ma non gli attribuisce lo status di figlio (un rinvio pregiudiziale sul punto è pendente, su richiesta della corte suprema del Regno Unito: causa C-129/18, *SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section*).
- 11 La direttiva 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, è il testo base in materia di condizioni di ingresso, soggiorno ed espulsione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari. In estrema sintesi, i cittadini dell'Unione hanno diritto di soggiorno in uno Stato membro diverso dal proprio fino a tre mesi senza dover soddisfare particolari requisiti, e per una durata superiore a tre mesi se soddisfano le condizioni previste dall'art. 7 della direttiva (sul punto, v. *infra* nota 14). Dopo cinque anni di soggiorno legale a continuativo, il cittadino dell'Unione e i suoi familiari non devono più soddisfare particolari condizioni e acquistano un diritto di soggiorno permanente che perdono solo in caso di assenze prolungate oppure per gravi motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza. Il cittadino dell'Unione può essere espulso se non soddisfa le condizioni cui il soggiorno è subordinato oppure per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza.

invece, riformula il quesito¹² e lo pone nel più ampio contesto del diritto primario, in particolare dell'art. 21 TFUE¹³. Dalla premessa che il ricorrente nella causa principale è un cittadino dell'Unione che ha esercitato la libera circolazione delle persone¹⁴, consegue che egli può godere dei diritti connessi a quello *status*, tra i quali va compreso "il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale [egli] possiede la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al [suo] fianco, dei [suoi] familiari" (punto 32). Coerentemente con questa impostazione, il dispositivo della sentenza riguarda l'interpretazione dell'art. 21 TFUE¹⁵, non dell'art. 2 o dell'art. 3 della direttiva 2004/38.

Secondo la Corte, quindi, il diritto di soggiorno del coniuge dello stesso sesso è riconducibile all'art. 21 TFUE: la decisione nazionale di non concedere il ricongiungimento familiare al coniuge, sposato in conformità della legislazione dello Stato in cui il negozio è stato concluso, è un ostacolo al diritto del cittadino dell'Unione di godere di un diritto connesso alla cittadinanza dell'Unione. Negare il ricongiungimento equivarrebbe a pregiudicare la posizione del cittadino dell'Unione.

2.1. La direttiva 2004/38

Come già ricordato, il giudice nazionale aveva chiesto l'interpretazione della nozione di coniuge contenuta nella direttiva. Benché la Corte svolga alcune considerazioni intorno alla direttiva 2004/38, in realtà non è su di essa che fonda la sua decisione¹⁶.

La direttiva attribuisce il diritto di soggiorno al "coniuge" del cittadino dell'Unione. Si tratta di un diritto individuale, connesso alla qualità di coniuge, anche se derivato da quello del cittadino dell'Unione. Che si tratti di un diritto individuale, lo si ricava dalla lettera dell'art. 7, par. 2, della direttiva, che afferma appunto che hanno diritto di soggiorno i familiari quali definiti dall'art. 2 della direttiva stessa. Che si tratti di un diritto derivato da quello del cittadino dell'Unione lo si deduce dalla stessa disposizione, che specifica che il diritto di soggiorno sussiste se il familiare accompagna o raggiunge il cittadino dell'Unione. Ne consegue che la mera qualità di coniuge non attribuisce un diritto di soggiorno in uno Stato membro se il cittadino dell'Unione vive in un altro Stato membro¹⁷.

Fino al caso in esame, mai la Corte aveva dovuto dare un'interpretazione della nozione di coniuge nell'ambito della libera circolazione delle persone¹⁸. O meglio: alla Corte nel passato è stato chiesto se il

12 Rientra tra i poteri della Corte quello di riformulare il quesito del giudice nazionale: si v. per tutti, M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 216 ss.

13 L'art. 21 TFUE attribuisce al cittadino dell'Unione il diritto di circolare e soggiornare liberamente negli Stati membri, alle condizioni e secondo i limiti previsti dal diritto dell'Unione. La Corte di giustizia ha affermato che tale disposizione ha effetto diretto: sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Raccolta*, pp. I-7091 ss.

14 Affinché possano essere invocati i diritti connessi alla libera circolazione, è necessario che la persona abbia soggiornato in uno Stato membro diverso dal proprio alle condizioni previste dall'art. 7 della direttiva. Soddisfa tale requisito il cittadino dell'Unione che soggiorna come lavoratore dipendente o autonomo, come studente, purché abbia risorse per mantenersi o, pur non essendo lavoratore né studente, se ha risorse sufficienti per mantenersi senza dover chiedere prestazioni allo Stato ospite.

15 In particolare, per la parte che interessa, la Corte dispone che: "1. ... l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso. 2) L'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che ... il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza." (corsivo aggiunto).

16 Evidente è la differenza di approccio rispetto all'Avvocato generale M. Wathelet, che invece interpreta la direttiva. In particolare, egli conclude che quella di coniuge di cui all'art. 2 della direttiva è nozione autonoma di diritto dell'Unione, che comprende anche il coniuge in un matrimonio dello stesso sesso. Se tale interpretazione non fosse accolta, egli propone di ricomprendere il coniuge dello stesso sesso nella nozione di partner, ai cui art. 3 della direttiva: conclusioni dell'11 gennaio 2018, ECLI:EU:C:2018:2.

17 Corte di giustizia Ue, sentenza dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, ECLI:EU:C:2012:691.

18 Non così per altri settori del diritto dell'Unione. È noto che sia nell'ambito dell'interpretazione dello Statuto dei funzionari, sia in materia di politica sociale, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi su questioni attinenti a coppie omosessuali. Sul tema, per tutti, si v. E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012. Tuttavia, tali pronunce non saranno oggetto di analisi in questa sede, perché non ritenute utili ai fini dell'esame della sentenza in commento. Ogni atto va interpretato nel suo contesto, così che gli stessi termini possono avere significati diversi in atti appartenenti a politiche

convivente potesse essere equiparato al coniuge¹⁹, se la mancata convivenza, propedeutica al divorzio o meno, privasse il coniuge della sua qualità ai fini del ricongiungimento familiare²⁰, o se lo Stato potesse pretendere che il coniuge fosse legalmente residente prima del matrimonio²¹. In tutti questi casi, il cittadino dell'Unione intratteneva una relazione, formalizzata nel matrimonio o no, con una persona di sesso diverso.

Nella sentenza *Coman*, in relazione alla direttiva, la Corte si limita ad affermare che il termine "coniuge", che "vale a designare una persona unita ad un'altra da vincolo matrimoniale"²², è neutro rispetto al genere²³ e "può comprendere il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione"²⁴. Sottolinea poi che la disposizione relativa al coniuge non contiene alcun riferimento al diritto dello Stato ospite, a differenza di quella sull'unione registrata, per la quale si specifica che conferisce la qualità di familiare (e quindi il diritto di soggiorno) a condizione che il diritto dello Stato ospite equipari matrimonio e unione registrata (punto 36). A questo punto, la Corte avrebbe potuto interpretare la nozione di "matrimonio", sia offrendone una nozione materiale comunitaria, sia individuando l'ordinamento nazionale in base al quale ricavarne il significato. Ma così la Corte non fa, perché trasferisce l'analisi sul piano del diritto primario.

Nell'interpretare il diritto dell'Unione europea, come noto, la Corte utilizza una pluralità di metodi (testuale, sistematico, teleologico), cui se ne affiancano altri, con valore complementare²⁵. Nel caso *Coman*, la Corte si ferma all'interpretazione testuale della direttiva. Non si avventura in un'interpretazione sistematica, alla luce del preambolo, benché il considerando 31 (che pure è citato nel "Contesto

diverse. Per un'utile riflessione su questo profilo del diritto dell'Unione, si v. J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 580 ss.

- 19 Corte di giustizia Ue, sentenza del 17 aprile 1986, causa 59/85, *Reed*, in *Raccolta*, pp. 1283 ss. Nel caso si discuteva se la nozione di coniuge, ai sensi dell'art. 10 del regolamento 1612/68/CEE, sulla libera circolazione dei lavoratori (abrogato e sostituito dalla direttiva 2004/38), comprendesse il convivente che intratteneva una relazione stabile con il lavoratore migrante. La Corte di giustizia afferma che "in mancanza di qualsiasi indizio di un'evoluzione sociale di carattere generale atta a giustificare l'interpretazione estensiva, e in mancanza di qualsiasi indizio in senso contrario nel regolamento, si deve dire che, usando la parola 'coniuge', l'art. 10 del regolamento si riferisce unicamente al rapporto basato sul matrimonio" (punto 15). Il fatto che in un solo Stato membro (i Paesi Bassi, Stato del giudice *a quo*) i costumi fossero evoluti fino ad equiparare convivenza e matrimonio non era sufficiente per giustificare la modifica della nozione contenuta nel regolamento, se nel complesso degli altri Stati tale evoluzione non si era verificata. In questa pronuncia è chiara la contrapposizione tra matrimonio e relazione stabile.
- 20 La separazione, legale o di fatto, è influente per il diritto di soggiorno, perché non fa venire meno la qualità di coniuge e la convivenza non è condizione prevista dal diritto derivato. Tale interpretazione, espressa in relazione alla nozione di coniuge di cui all'art. 10 del regolamento 1612/68 con sentenza 13 febbraio 1985, causa 267/83, *Diatta*, in *Raccolta*, pp. 567 ss., è stata ribadita anche in relazione alla direttiva 2004/38: si v. Corte di giustizia Ue, sentenza del 8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, ECLI:EU:C:2012:691, punto 58, e 10 luglio 2014, causa C-244/13, *Ogieriakhi*, ECLI:EU:C:2014:2068.
- 21 Corte di giustizia Ue, sentenza del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*, in *Raccolta*, pp. I-6241 ss. La Corte afferma che la prova della regolarità del soggiorno al tempo del matrimonio non può essere pretesa dallo Stato, perché i documenti che lo Stato può legittimamente richiedere sono tassativamente indicati nella direttiva 2004/38.
- 22 Punto 34. Qui la Corte cita un passaggio della sentenza *Metock*. Non cita invece un altro passaggio che spesso è richiamato dalla dottrina, in cui invece afferma "è pacifico che il termine «matrimonio», secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso" (Corte di giustizia Ue, sentenza del 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99P e C-125/99P, *D e Svezia c. Consiglio*, in *Raccolta*, pp. 4319 ss., par. 34). A parere di chi scrive, nessuna delle due pronunce è in realtà dirimente, la prima perché i coniugi del cui diritto di soggiorno si discuteva derivavano la loro qualità da matrimoni eterosessuali, e il problema era semmai connesso al fatto che il matrimonio era stato celebrato durante il soggiorno irregolare dello straniero; la seconda, perché verteva sull'applicabilità dello Statuto del personale, e si è già ricordato che i concetti designati con il medesimo termine in diversi atti dell'Unione non necessariamente hanno lo stesso significato. Più pertinente, semmai, sarebbe stato il richiamo alla sentenza *Reed*, già citata, che appunto precisa che la qualità di coniuge è legata al matrimonio.
- 23 La neutralità quanto al genere del termine impiegato dalla direttiva (anche in altre lingue) può semmai valere per evitare le discriminazioni in base al sesso. Infatti, se è vero che il modello tradizionale di famiglia al quale l'Unione si attiene è quello del marito lavoratore che mantiene la famiglia e della moglie che sta a casa ad occuparsi dei figli, non è meno vero che nella realtà il cittadino dell'Unione può essere una donna e suo coniuge è pertanto il marito.
- 24 Punto 35, corsivo aggiunto.
- 25 Sulle tecniche interpretative della Corte, si v. M. Poiars Maduro, *Interpreting European Law-Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, Working Paper IE Law School, WPLS08-02; I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 31 ss.

normativo²⁶), evocando la Carta dei diritti fondamentali e l'esigenza di rispettare il principio di non discriminazione nell'attuazione della direttiva, ben potesse suffragare l'interpretazione proposta. Quanto ai diritti fondamentali, la Corte afferma, ma in tutt'altra parte della pronuncia e a mo' di inciso, che: "Quanto alla nozione di «coniuge» di cui all'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 7 della Carta è fondamentale" (par. 48). La frase, che potremmo ben considerare di una evidenza lapalissiana, non ha però in quel contesto alcun significato, perché si attaglia a matrimoni eterosessuali e omosessuali, benché innegabilmente sia un seme gettato che potrà portare frutti in seguito²⁷.

Meno sorprende che la Corte non consideri i lavori preparatori della direttiva per individuarne il significato. Infatti, raramente i lavori preparatori sono richiamati a fini interpretativi e, quand'anche lo sono, servono a confermare un'interpretazione cui la Corte era giunta per altra via. Nel caso di specie, inoltre, i lavori preparatori avrebbero offerto scarso supporto alla lettura della disposizione orientata nel senso voluto²⁸, come si illustrerà immediatamente.

Durante la discussione in seno agli organi di lavoro del Consiglio, alla esplicita domanda dell'Italia ("nel caso di una coppia omosessuale legalmente sposata nello SM di origine, il familiare sarà considerato come coniuge (lettera a)) o come convivente (lettera b)) nello Stato membro ospitante?"), la Commissione aveva risposto che sarebbe stato considerato come coniuge²⁹. Tuttavia, in seguito la stessa Commissione sembra aver mutato opinione, tanto è vero che in un documento dell'anno successivo, fa propria la posizione espressa da alcuni Stati di considerarlo nell'ambito della lettera b)³⁰, cioè come convivente, il cui ricongiungimento è subordinato all'equiparazione nello Stato ospite di conviventi e coniugi.

Quanto alle discussioni in seno al Parlamento europeo, era stato proposto di aggiungere "a prescindere dal sesso, secondo la pertinente legislazione nazionale" alla parola "coniuge"³¹, ma la Commissione non aveva accolto l'emendamento. Nella motivazione, la Commissione spiegava di volersi attenere ad una definizione di coniuge collegata al matrimonio come unione eterosessuale. Il fatto che alcuni Stati (all'epoca, due) conoscessero il matrimonio tra persone dello stesso sesso non era a suo dire sufficiente per concludere che un'evoluzione della società fosse intervenuta e che dovesse produrre effetti in tutti gli Stati membri³². In base ad un'interpretazione che valorizza l'intenzione del legislatore, si potrebbe concludere che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non conferisce la qualità di coniuge ai sensi della direttiva 2004/38³³.

Nella sentenza *Coman*, la Corte non considera le comunicazioni della Commissione, come ulteriore ausilio interpretativo³⁴. Neppure sotto questo profilo la pronuncia in esame si segnala rispetto al consueto modo di ragionare della Corte di giustizia. La lettura tali documenti è però interessante, ai fini del presente commento. Infatti, la Commissione, pur senza prendere posizione sui matrimoni omosessuali,

26 Si tratta della parte della sentenza in cui sono riportati, in riassunto o per esteso, le norme dell'Unione o nazionali rilevanti, anche se poi non necessariamente saranno oggetto di interpretazione da parte della Corte.

27 È ben noto che una corretta comprensione della giurisprudenza della Corte impone di non considerare una pronuncia in modo isolato, ma di esaminarla alla luce delle pronunce precedenti e successive, perché solo così è possibile distillare l'insegnamento generale dalle contingenze del caso concreto. Si v. K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, pp. 1302 ss.

28 Per una estesa ricostruzione dei lavori preparatori della direttiva sul punto, si v. S. Titshaw, *Same-Sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret "Spouse" in the E.U. Family Migration Directives*, in *Boston University International Law Journal*, 2016, pp. 100 ss. La direttiva 2004/38 non fa altro che usare la stessa terminologia degli atti precedenti: si v. art. 11 del regolamento 15/61, relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GU 57 del 26 agosto 1961, pp. 1073 ss.; art. 17 del regolamento 38/64 del Consiglio, del 25 marzo 1964, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GU 62 del 17 aprile 1964, pp. 965 ss.; art. 10, regolamento 1612/68, del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GU L 257 del 19 ottobre 1968, pp. 2 ss.

29 Risultato dei lavori del Gruppo "Libera circolazione delle persone", doc. 15380/01, p. 7.

30 Risultato dei lavori del Gruppo "Libera circolazione delle persone", doc. 10572/02, p. 11.

31 Cfr. la posizione del Parlamento europeo sulla proposta COM/2001/257, risoluzione dell'11 febbraio 2003, in *GIUE*, L 43E del 19 febbraio 2004, p. 46.

32 Cfr. la proposta modificata della Commissione, COM/2003/199 del 15 aprile 2003, p. 11.

33 Cfr. L. Tomasi, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, S. Bariatti (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007, p. 52 s.

34 Sulle comunicazioni della Commissione come strumenti interpretativi, si v., da ultimo, A. Di Pascale, *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 154 ss.

aveva affermato che “in linea di principio i matrimoni validamente contratti in qualunque parte del mondo devono essere riconosciuti ai fini dell’applicazione della direttiva”³⁵. Sembra quindi possibile ricavarne il principio secondo cui anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso, se validamente celebrato, conferisca la qualità di coniuge ai sensi della direttiva.

Dalle considerazioni di cui sopra si può concludere che la direttiva non consentiva facilmente, in quanto tale, di addivenire ad una sicura interpretazione della nozione di coniuge. Anche la dottrina era divisa: se si considerano le due principali monografie pubblicate a commento della direttiva, si deve notare che arrivano a conclusioni diverse, nessuna delle quali particolarmente motivata³⁶.

Un’attenta lettura della pronuncia porta a concludere che la Corte non dà un’interpretazione della nozione di coniuge nella direttiva, ma piuttosto usa il dato testuale della norma per respingere ogni possibile tesi difensiva che voglia far leva sulla lettera della direttiva per escludere il coniuge dello stesso sesso dal novero dei familiari. In altri termini, a parere di chi scrive, la Corte in sostanza si limita ad affermare che la lettera della direttiva non osta ad un’interpretazione della nozione di coniuge che comprende il coniuge dello stesso sesso.

2.2. L’ostacolo alla libera circolazione

Come anticipato, nel caso *Coman* la Corte esamina il rifiuto apposto dallo Stato al ricongiungimento come un ostacolo alla libera circolazione dei cittadini dell’Unione. Anche la dottrina aveva proposto un analogo ragionamento per cercare, a diritto costante, di trovare un fondamento per l’assimilazione del matrimonio omosessuale al matrimonio tradizionale³⁷.

L’ostacolo alla libera circolazione delle persone deriva dunque dalla decisione dell’amministrazione romena, indirizzata al signor Coman, e fondata sul Codice civile romeno che vieta i matrimoni omosessuali e il loro riconoscimento. La disciplina del matrimonio è compresa nelle questioni dello stato civile, settore di competenza nazionale. L’ostacolo alla libera circolazione delle persone deriva dunque da una decisione attinente a materia di competenza esclusiva dello Stato. La Corte riconosce che gli Stati sono “liberi di prevedere o meno il matrimonio tra persone del medesimo sesso” (punto 37), ma al contempo li richiama al rispetto del diritto dell’Unione e segnatamente della libera circolazione delle persone. Non si tratta certo del primo caso in cui un provvedimento nazionale adottato in un settore che rientra nella competenza nazionale, cioè che non potrebbe essere oggetto di intervento normativo dell’Unione, può non di meno interferire con il diritto dell’Unione e per questa via essere considerato incompatibile con esso³⁸. Volendo considerare solo il campo della cittadinanza dell’Unione e della libera circolazione delle persone, un discorso analogo è stato condotto in passato con riferimento al diritto fiscale³⁹, alle sanzioni per violazioni di obblighi pur legittimamente previsti dal diritto interno⁴⁰, all’e-

35 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, COM/2009/313, Bruxelles, 2 luglio 2009, punto 2.1.1.

36 A favore, C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2ª ed., 2014, p. 140; contrari E. Guild, S. Peers, J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, 2014, p. 36.

37 Si v. A. Tryfonidou, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 2015, pp. 195 ss. Anche il Presidente della Corte di giustizia si era espresso a favore di questa tesi: K. Lenaerts, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 2010, pp. 1359 s. In generale, per l’individuazione nel diritto dell’Unione di un principio che impone il riconoscimento degli status acquisiti all’estero, così da evitare ostacoli alla libera circolazione delle persone, si v. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 2011, tome 348, pp. 413 ss.

38 M.E. Bartoloni, *Competenze puramente statali e diritto dell’Unione europea*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2015, pp. 355 ss., parla a questo proposito di un “rapporto intrinseco” che si instaura tra competenza statale e competenza dell’Unione, con l’effetto che lo Stato deve adeguare la propria normativa in modo da evitare interferenze nel godimento dei diritti di libera circolazione, salvo che l’interferenza possa essere giustificata dal perseguimento di esigenze imperative, nel qual caso la competenza dello Stato non incontra limiti derivanti dall’ordinamento dell’Unione.

39 Corte di giustizia Ue, sentenza del 11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz*, in *Raccolta*, pp. I-6849 ss.

40 Corte di giustizia Ue, sentenza del 21 settembre 1999, causa C-378/97, *Wijzenbeek*, in *Raccolta*, pp. I-6207 ss.

spulsione⁴¹, all'esecuzione forzata⁴², alla previdenza sociale⁴³, alla attribuzione e formazione dei nomi⁴⁴. Benché l'Unione non abbia competenza a regolare tali materie, che quindi sono disciplinate in quanto tali solo dagli Stati, nondimeno, l'appartenenza all'Unione comporta l'obbligo per gli Stati di prendere in considerazione l'impatto che la propria normativa ha sulle libertà fondamentali. Le autorità nazionali, quindi, devono prendere in considerazione l'effetto che la decisione che esse devono assumere in un particolare caso può produrre sui diritti che il destinatario ricava dai Trattati istitutivi, e devono cercare di contemperare i diversi interessi in gioco, facendo applicazione del principio di proporzionalità⁴⁵. In questo modo, è possibile assicurare l'effetto utile del diritto dell'Unione⁴⁶.

Secondo la Corte, se uno Stato potesse negare il ricongiungimento familiare del coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione, validamente sposato in base al diritto dello Stato di provenienza, la portata della libera circolazione delle persone varierebbe da uno Stato all'altro in funzione del diritto dello Stato ospite (punto 39). In altri termini, la libera circolazione sarebbe subordinata al diritto nazionale dello Stato ospite, senza che (a differenza di quanto accade per le unioni registrate) il diritto derivato lo consenta. Tale passaggio della sentenza riporta alla mente il caso *Levin*⁴⁷, in cui la Corte di giustizia aveva affermato che la definizione di lavoratore non può dipendere dal diritto dello Stato ospite, perché "[i]n caso contrario, sarebbero compromesse le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori, giacché la portata di queste espressioni potrebbe venir fissata e modificata unilateralmente, eludendo il controllo delle istituzioni comunitarie, dalle norme nazionali, che potrebbero quindi escludere ad libitum determinate categorie di persone dalla sfera d'applicazione del trattato"⁴⁸.

Secondo giurisprudenza costante, gli ostacoli alla libera circolazione sono ammessi se giustificati da considerazioni oggettive di interesse generale e se proporzionati e necessari a conseguire lo scopo perseguito⁴⁹. La Corte usa accettare come legittime le considerazioni avanzate dagli Stati a giustificazione delle misure e di concentrare la sua valutazione sul rispetto dei principi di proporzionalità e necessità. Apparentemente, nel caso *Coman*, il governo romeno non ha sviluppato una particolare argomentazione sul punto, a differenza dei governi intervenuti, che adducono "il carattere fondamentale dell'istituzione del matrimonio e la volontà di alcuni Stati membri di mantenere tale istituzione quale unione tra un uomo e una donna". La Lettonia, poi, invoca motivi connessi all'ordine pubblico e all'identità nazionale, *ex art.* 4, par. 2, TUE (punto 42). Secondo la Corte, l'ordine pubblico può essere invocato "soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società" (punto 44). Poiché – prosegue la Corte – lo Stato non è obbligato a introdurre nel proprio ordinamento l'istituto del matrimonio omosessuale, ma unicamente a riconoscere gli effetti di uno specifico matrimonio ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno (punto 45), tale forma di riconoscimento "non pregiudica l'istituto del matrimonio" come regolato nello Stato ospite (punto 45)⁵⁰ e "non attenta all'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico dello Stato membro interessato" (punto 46). Come spesso accade, la

41 Corte di giustizia Ue, sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, in *Raccolta*, pp. I-5257 ss. Benché gli atti di diritto derivato relativi alla libera circolazione delle persone dettino disposizioni in materia di espulsione, in realtà non definiscono i presupposti materiali o sostanziali per l'adozione di misure di espulsione, ma pongono limiti di tipo procedurale o sostanziale al potere dello Stato di espellere lo straniero.

42 Corte di giustizia Ue, sentenza del 29 aprile 2004, causa C-224/02, *Pusa*, in *Raccolta*, pp. I-5763 ss.

43 Corte di giustizia Ue, sentenza del 11 aprile 2013, causa C-443/11, *Jeltes*, ECLI:EU:C:2013:224. La previdenza sociale è materia nella quale l'Unione può solo coordinare i sistemi nazionali, per evitare che il lavoratore migrante (o meglio: l'assicurato in base alla legislazione di uno Stato membro) sia danneggiato in caso di spostamento in altro Stato membro.

44 Tale filone giurisprudenziale fa capo alla sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, pp. I-11613 ss. A questa giurisprudenza la dottrina guarda come a un modello per il riconoscimento di status. La bibliografia sul tema è imponente. Per tutti si v., da ultimo, anche per la ricostruzione dottrinale, S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 797 ss.

45 Alcuni atti di diritto derivato articolano siffatti obblighi per gli Stati, benché finora in materie meno sensibili che il diritto di famiglia. Si vedano la direttiva 2006/123, relativa ai servizi nel mercato interno, e la più recente direttiva 2018/958, relativa a un test della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni.

46 Sul punto, si v., per tutti, I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione*, cit.

47 Corte di giustizia Ue, sentenza del 23 marzo 1982, causa 53/81, in *Raccolta*, pp. 1035 ss.

48 Punto 11. Nel caso, però, la Corte dà una definizione materiale della nozione di lavoratore.

49 Sentenza *Coman*, punto 41. In generale, sugli ostacoli alla libera circolazione, si v. C. Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 219 ss.

50 Il paragrafo in questione sembra parafrasare la citazione, contenuta nella nota 21 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, da S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 572.

Corte è piuttosto assertiva e non motiva. Ma neppure è dato capire – e ciò dipende anche dal carattere poco sviluppato della difesa statale – quali aspetti dell'identità nazionale sarebbero minacciati nel caso di specie. Peraltro, l'art. 4, par. 2, TUE non dà una definizione valoriale, bensì strutturale⁵¹, dell'identità nazionale degli Stati, in quanto essa è "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali".

In aggiunta, la Corte precisa che una misura che limita la libera circolazione delle persone deve essere rispettosa dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (punto 47). La misura nazionale è in contrasto con l'art. 7 della Carta⁵² che, letto alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU⁵³, protegge la relazione di una coppia omosessuale. Si tratta del punto cruciale nel ragionamento della Corte e dirimente, perché l'intera pronuncia si fonda sull'assunto che tra il sig. Coman e il sig. Hamilton sussista una vita familiare che merita protezione. Tuttavia, avrebbe meritato anch'esso un più attento sviluppo.

3. Sulla rilevanza per il diritto dell'Unione del caso di specie

Il secondo problema qui affrontato (che la Corte esamina per primo), riguarda la riconduzione all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione di un caso, in cui un cittadino romeno invoca il diritto dell'Unione per ottenere il ricongiungimento del suo coniuge (cittadino statunitense) nel suo Stato di origine (la Romania). Di regola, il ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione nel suo Stato di origine non è disciplinato dal diritto dell'Unione, ma dal diritto nazionale⁵⁴.

Infatti, in base ad un'interpretazione letterale della direttiva 2004/38, essa si applica solo al cittadino dell'Unione che si trasferisce in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza⁵⁵. Pertanto, se il signor Coman fosse stato (poniamo) cittadino italiano, sarebbe rientrato nell'ambito di applicazione della direttiva. La direttiva sarebbe stata del pari applicabile se il signor Hamilton (il coniuge del sig. Coman) fosse stato cittadino dell'Unione: egli avrebbe potuto beneficiare di un diritto di soggiorno a titolo principale, non nella sua qualità di coniuge, purché soddisfacesse personalmente le condizioni previste dalla direttiva stessa.

Quando la direttiva 2004/38 non è applicabile, la Corte ha nondimeno affermato, per giurisprudenza costante, che il cittadino di uno Stato membro che ha esercitato la libera circolazione delle persone e ha soggiornato in un altro Stato membro nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 7 della direttiva 2004/38, dove ha instaurato una vita familiare o l'ha consolidata, può invocare il diritto dell'Unione e segnatamente le norme sulla libera circolazione delle persone, nei confronti del suo Stato di origine, nel momento in cui vi rientra con i propri familiari. Tale giurisprudenza ha preso le mosse dal caso *Surinder Singh*,⁵⁶ e ha trovato una successiva precisazione nel caso *O. e B.*⁵⁷ La Corte giustifica tale inclusione affermando che in caso contrario, il cittadino sarebbe dissuaso dall'esercitare la libera circolazione se non

51 L.S. Rossi, *Il principio di uguaglianza fra Stati membri nell'Unione europea*, in *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 392.

52 Sull'art. 7 della Carta, intitolato "Rispetto della vita privata e della vita familiare", si v. J. Vedsted-Hansen, in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), Oxford, Hart publishing, 2014, pp. 153 ss.

53 La Corte di giustizia cita due sentenze della Corte Edu: 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, e 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*.

54 L'art. 3, par. 3, della direttiva 2003/86/CE, esclude espressamente dal suo campo di applicazione il ricongiungimento dei familiari del cittadino dello Stato interessato. La proposta iniziale della Commissione estendeva la disciplina prevista per i lavoratori dell'Unione (che all'epoca era contenuta nel regolamento 1612/68/CEE) anche all'ipotesi in esame (COM/1999/638). La disposizione, però, è in seguito scomparsa. La Commissione lo giustifica in considerazione del contestuale avvio della riforma della normativa sulla circolazione dei cittadini dell'Unione, e dell'opportunità di attendere la conclusione dei lavori, per riesaminare in seguito come realizzare "l'allineamento dei diritti di tutti i cittadini dell'Unione europea al ricongiungimento familiare" (COM/2002/225). Sta di fatto, però, che la direttiva 2004/38/CE si applica al solo cittadino dell'Unione che risiede in uno Stato diverso da quello di origine.

55 Corte di giustizia Ue, sentenza del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, in *Raccolta*, pp. I-3375 ss.

56 Corte di giustizia Ue, sentenza del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Surinder Singh*, in *Raccolta*, pp. I-4265 ss.

57 Corte di giustizia Ue, sentenza del 12 marzo 2014, cause riunite C-456/12, *O e B*, ECLI:EU:C:2014:135. Per una ricostruzione della giurisprudenza, sia consentito rinviare a A. Lang, *Gli effetti del caso Singh sulla disciplina del ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione che ritorna nel paese di origine*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 367 ss.

potesse contare sulla possibilità di rientrare nel proprio Stato di origine con i suoi familiari⁵⁸. Se questo era vero nel caso all'origine della giurisprudenza in esame, in cui i coniugi Surinder Singh, già sposati nel Regno Unito, si erano trasferiti in Germania, dove la moglie aveva lavorato a titolo autonomo, e poi erano tornati nel Regno Unito, non lo era altrettanto in altri, nei quali la formula è stata però ripetuta. Nel caso *Eind*,⁵⁹ il ricorrente nella causa principale, si era trasferito nel Regno Unito perché nei Paesi Bassi, suo Stato di origine, non poteva ottenere il ricongiungimento con la figlia, cittadina di un paese terzo. Nel caso *O. e B.*, i coniugi si erano trasferiti al fine di rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Il carattere artificioso della giustificazione si appalesa nel caso *Coman* e in casi simili. Poiché i matrimoni omosessuali non sono possibili in Romania, una persona che vuole sposarsi non può che lasciare il paese. Anzi, non si può escludere che sia incoraggiata ad avvalersi della libera circolazione per soggiornare in uno Stato dove può sposarsi. In questo senso la persona non è dissuasa dal lasciare il paese, ma è piuttosto spinta a farlo, se vuole contrarre matrimonio. Nel caso di specie, poi, il signor Coman aveva inizialmente lasciato la Romania per gli Stati Uniti dove aveva vissuto qualche tempo e conosciuto il signor Hamilton. Quindi, egli non aveva lasciato il proprio Stato membro per esercitare un diritto riconosciuto dal Trattato.

Nel caso *Coman* è pacifico che il ricorrente avesse soggiornato in conformità alle condizioni della direttiva 2004/38, come lavoratore dipendente. Dalla descrizione dei fatti di causa non si evince se i coniugi avessero vissuto insieme, ma solo che essi si erano sposati in Belgio. In ogni caso, la Corte dà per presupposto che il signor Coman e il signor Hamilton abbiano goduto di una vita familiare in Belgio, senza necessità che ne sia data prova⁶⁰.

Non si vuole qui sostenere che una situazione come quella del signor Coman fuoriesca dall'ambito di applicazione della libera circolazione. Anzi, chi scrive ritiene assai sensato che chi ha esercitato la libera circolazione delle persone possa invocare il diritto dell'Unione nei confronti del proprio Stato di origine. Il fondamento potrebbe essere ritrovato nel divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, come garantito dal Trattato UE. In questo genere di casi, infatti, è solo la nazionalità che porta a distinguere tra i regimi applicabili. Se è ragionevole che il diritto di soggiorno di un italiano in Italia dipenda dal diritto italiano e non dal diritto dell'Unione, non altrettanto sensato è far dipendere dal solo diritto nazionale il rientro in Italia di un italiano che abbia vissuto – poniamo – qualche tempo in Francia. Tra costui e un tedesco che si trasferisca anch'egli in Italia dopo un soggiorno in Francia, ci sembrano essere più analogie che differenze: entrambi sono cittadini dell'Unione che si sono avvalsi della libera circolazione delle persone per soggiornare in Stati diversi dal proprio. In questa ipotesi, trattare diversamente il cittadino italiano e il cittadino tedesco (garantendo al primo un trattamento meno favorevole che al secondo) potrebbe essere considerata una discriminazione in base alla nazionalità, vietata dall'art. 18 TFUE.

Nella pronuncia in commento, la Corte non affronta una questione che invece è comunemente esaminata nelle ipotesi in cui un cittadino dell'Unione invoca il diritto al ricongiungimento familiare come regolato dal diritto dell'Unione nei confronti del proprio Stato membro: si tratta della questione dell'abuso del diritto⁶¹. Nel caso *Akrich*, per esempio, in cui le parti si erano trasferite dal Regno Unito in Irlanda al fine di poter in seguito rientrare nel Regno Unito avvalendosi della giurisprudenza *Surinder Singh*, la Corte afferma che il fatto che il matrimonio fosse autentico – assunto non contestato – esclu-

58 Per riprendere le parole delle Corte nel caso *Coman*, se al familiare non fosse concesso un diritto di soggiorno derivato nello Stato di origine del cittadino dell'Unione "detto cittadino dell'Unione potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede la cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, per il fatto di non avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare in tal modo sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante" (punto 24).

59 Corte di giustizia Ue, sentenza del 11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Eind*, in *Raccolta*, pp. I-10719 ss.

60 Si v. il punto 26, dove si legge "le questioni sollevate dal giudice del rinvio si fondano sulla premessa per il cui il sig. Coman, durante il suo soggiorno effettivo in Belgio [...] ha sviluppato o consolidato in tale occasione una vita familiare con il sig. Hamilton".

61 Il concetto di abuso del diritto è presente orizzontalmente in molti settori del diritto dell'Unione europea. Per usare le parole della Corte di giustizia, "la constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto. Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento" (Corte di giustizia Ue, sentenza del 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH*, in *Raccolta*, pp. I-11569 ss., punti 54-55). Sul tema, in generale, si v. A. Adinolfi, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 329 ss.

deva che potesse invocarsi l'abuso del diritto⁶². In questo contesto, risulta pacifico che è abusivo (o di comodo), il matrimonio concluso non per realizzare la sua funzione (comunione di vita di due persone), ma al solo scopo di preconstituire un legame giuridico che consente di rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Nel caso *Coman*, il matrimonio non è di comodo, nessuno ne ha contestato l'autenticità. Tuttavia, in un'altra pronuncia notissima, il caso *Centros*⁶³ (richiamato anche in pronunce in materia di cittadinanza dell'Unione⁶⁴) si legge: "la Corte ha già dichiarato che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme del diritto dell'Unione". La prima parte della frase citata merita una riflessione: la sottrazione all'impero delle leggi nazionali. Sposandosi in Belgio, il signor Coman si sottrae all'impero della legge romena che vieta i matrimoni omosessuali. Difficile però sostenere che si sia sottratto abusivamente all'applicazione del diritto nazionale, perché egli ha soggiornato legalmente (cioè in conformità al diritto dell'Unione e nell'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato)⁶⁵. Inoltre, prendendo spunto da un già richiamato passaggio della sentenza *Coman* stessa, dove i diritti fondamentali sono in questione, essi dovrebbero prevalere su ogni contraria disposizione.

4. Le questioni aperte

La pronuncia della Corte lascia irrisolte alcune questioni, sia relative alla sorte del sig. Hamilton, sia di portata più generale.

a) Circa le condizioni per il soggiorno del sig. Hamilton in Romania, la Corte le ricava in via analogica dall'art. 7 della direttiva 2004/38. Tuttavia, quale sarà il trattamento che il sig. Hamilton potrà pretendere in Romania? Potrà beneficiare del diritto di non discriminazione nell'accesso al lavoro che l'art. 23 della direttiva garantisce al familiare del cittadino dell'Unione? In caso di decesso del cittadino dell'Unione, potrà applicarsi la protezione dell'art. 12? In caso di divorzio, potrà applicarsi la protezione dell'art. 13? E più in generale, potrà invocare la sua qualità di coniuge per ottenere le stesse prestazioni assicurate ai coniugi eterosessuali? Una lettura attenta della sentenza porta, secondo chi scrive, a dare una risposta negativa a tutte le questioni indicate⁶⁶. La Corte sottolinea che il riconoscimento della qualità di coniuge vale ai soli fini del ricongiungimento⁶⁷. Quindi, il sig. Hamilton ha diritto ad un permesso di soggiorno a tale titolo. Per ogni altro fine, egli è solamente un cittadino di un paese terzo legalmente residente, e come tale sarà trattato. La Romania non è obbligata a riconoscere un legame giuridico tra i

62 Corte di giustizia Ue, sentenza del 23 settembre 2003, causa C-109/01, in *Raccolta*, pp. I-9607 ss.

63 Corte di giustizia Ue, sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, in *Raccolta*, pp. I-1459 ss. Il caso prendeva le mosse dal rifiuto di registrare in Danimarca la succursale della società, costituita nel Regno Unito, dove però non svolgeva alcuna attività commerciale.

64 Corte di giustizia Ue, sentenza del 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff*, ECLI:EU:C:2016:401, punto 57.

65 Nel caso in cui, invece, il cittadino dell'Unione, avente la nazionalità di uno Stato che non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si fosse spostato in un altro Stato membro che lo ammette, al solo fine di sposarsi, per poi rientrare nel proprio Stato membro, tale Stato potrebbe opporre sia l'abuso di diritto nel senso della sentenza *Centros*, sia l'inapplicabilità del diritto dell'Unione europea al caso. Se è anche vero che il turista esercita un diritto di circolazione assicurato dal Trattato (Corte di giustizia UE, 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Raccolta*, pp. 195 ss.), la mera presenza, limitata nel tempo e senza un collegamento stabile con lo Stato ospite, non è idonea a far sorgere una vita familiare da proteggere.

66 La portata della pronuncia e in particolare l'impatto sul diritto nazionale (romeno o di altri Stati che non ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso) è aspetto cruciale su cui i primi commentatori si dividono: alla cautela di alcuni (S. Peers, *Love Wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU Free Movement Law*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.com, 2018; G. Rossolillo, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, www.sidiblog.org, 2018), si contrappone la precipitazione di altri (A. Tyfonidou, *Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman Judgement*, in *European Law Blog*, europeanlawblog.eu, 2018).

67 G. Ruehl, *The "Coman" Case (C-673/16): Some Reflections from the Point of View of Private International Law*, in *Conflicts of Laws*, conflictsoflaws.net, 2018, nota che l'uso che la Corte di giustizia fa della locuzione "riconoscimento del matrimonio" non significa applicazione della dottrina del riconoscimento internazionalprivatistico. La motivazione (il riconoscimento internazionalprivatistico può essere fondato solo sul diritto primario, non su una direttiva) non regge se l'interpretazione proposta nel presente contributo è corretta: la Corte, infatti, applica proprio l'art. 21 TFUE, non la direttiva 2004/38.

signori Coman e Hamilton. Sarà il sig. Hamilton a dover dimostrare di volta in volta che non riconoscere la sua qualità di coniuge ad un particolare fine è in contrasto con il diritto dell'Unione.

Aver collegato il diritto di soggiorno del coniuge alla cittadinanza dell'Unione, comporta, ad avviso di chi scrive, che, in caso di divorzio, difficilmente potrebbe essere individuato nel diritto dell'Unione il fondamento per concedere al sig. Hamilton un titolo di soggiorno autonomo. Non attribuire un diritto di soggiorno all'*ex* coniuge non ha infatti alcun effetto di ostacolo per il diritto di soggiorno del cittadino dell'Unione. Nel diritto derivato – probabilmente non applicabile nel caso di specie –, l'art. 13 della direttiva 2004/38 consente – a certe condizioni – all'*ex* coniuge di ottenere un permesso di soggiorno autonomo, cioè indipendente da quello del cittadino dell'Unione. L'esigenza sottesa alla disposizione in esame è quella di tutelare la parte debole, per sottrarla all'applicazione della normativa nazionale sull'immigrazione, sul presupposto, non del tutto infondato, che quest'ultima sarebbe meno favorevole.

b) Più in generale, ci si può chiedere se il ragionamento della Corte possa essere esteso al caso in cui il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia stato celebrato in un paese terzo. Nella sentenza, il matrimonio validamente concluso in Belgio è lo strumento per instaurare o consolidare una vita familiare nell'Unione. La chiave sembra proprio questa: che la vita familiare sia localizzata nell'Unione. Se così è, una coppia omosessuale sposata in un paese terzo non potrebbe invocare la giurisprudenza *Coman* per stabilirsi direttamente in uno Stato nell'Unione⁶⁸.

c) Ci si può chiedere, inoltre, come la Corte deciderebbe un caso in cui un sig. Coman fosse – poniamo – cittadino belga, situazione in cui il soggiorno in Romania sarebbe regolato dalla direttiva 2004/38. Il caso potrebbe essere risolto sulla base dell'interpretazione della nozione di coniuge di cui alla direttiva 2004/38 oppure ricorrendo, come nel caso in esame, all'art. 21 TFUE. La prima strada metterebbe la Corte di fronte alle difficoltà che ha potuto abilmente evitare nel caso in esame. La seconda strada è meno comune: di regola, la Corte esamina le condizioni di soggiorno del cittadino dell'Unione in base al diritto derivato. Tuttavia, può essere citato il caso *Saint Prix*, in cui la Corte di giustizia riconduce al diritto primario e non alla direttiva, il caso di una lavoratrice che aveva cessato di lavorare nelle settimane precedenti al parto, fattispecie che non era espressamente prevista dalla direttiva⁶⁹.

Se la Corte dovesse affermare che il coniuge dello stesso sesso è "coniuge" ai sensi della direttiva 2004/38, lo Stato ospite potrebbe negare il diritto al ricongiungimento familiare solo per motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica, gli unici previsti dalla direttiva stessa. In forza del primato, una direttiva (come interpretata dalla Corte) prevale su ogni contraria statuizione di diritto interno, compresa la disposizione nazionale che vieta il riconoscimento dei matrimoni omosessuali contratti all'estero. L'unica possibilità per lo Stato sarebbe quella di invocare i controlli⁷⁰: lo Stato, in altri termini, negherebbe il primato ad una disposizione del diritto derivato, come interpretata dalla Corte di giustizia, perché la sua applicazione si porrebbe in contrasto con uno dei suoi valori costituzionali. Per far ciò, lo Stato in questione dovrebbe dimostrare che il matrimonio tra persone dello stesso sesso compromette i suoi valori fondamentali.

d) Collocare la questione del diritto di soggiorno del coniuge del cittadino dell'Unione nell'art. 21 TFUE, e non nella direttiva 2004/38, vale ad evitare che una analoga interpretazione possa essere tentata nell'ambito di altri atti di diritto derivato relativi all'immigrazione, che impiegano anch'essi il termine, neutro quanto al genere, di "coniuge". Nell'ordinamento dell'Unione europea, fondato sul principio di attribuzione, è essenziale che ogni atto delle istituzioni abbia una base giuridica nel Trattato. In altri termini, le istituzioni traggono il potere di adottare atti vincolanti dal Trattato. Il diritto primario definisce non solo il tipo di atto che può essere adottato e la procedura che deve essere seguita a tal fine, ma pure l'obiettivo e il contenuto dell'atto. L'art. 21 TFUE è base giuridica per l'adozione di atti che facilitano la libera circolazione dei cittadini dell'Unione, ma non per quelli intesi a disciplinare i diritti dei cittadini di paesi terzi. La direttiva 2003/86⁷¹, che disciplina il ricongiungimento familiare dello straniero che sia titolare di un permesso di soggiorno di durata almeno annuale e abbia una fondata prospettiva di ottenere un diritto di soggiornare in modo stabile, è fondata sull'*ex* art. 63, par. 3, lett. a) TCE, ora divenuto art. 79, par. 2, lett. a) TFUE. Pertanto, benché scopo di tale direttiva sia conservare l'unità della famiglia nucleare, indipendentemente dal momento in cui sorge il legame familiare, e, secondo l'interpretazione

68 In questo senso anche S. Peers, *Love Wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU Free Movement Law*, cit.

69 Corte di giustizia UE, 19 giugno 2014, C-507/12, *Saint Prix*, ECLI:EU:2014:2007, punto 41.

70 La Costituzione romena assicura la prevalenza del diritto dell'Unione sulla legislazione ordinaria, ma non sulla costituzione: v. A. Di Gregorio, *Constitutional Courts and the Rule of Law in the New EU Member States*, in corso di pubblicazione in *Review of Central and East European Law*.

71 Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, art. 4, par. 1, lett. a).

data dalla Corte di giustizia, conferisca un diritto al ricongiungimento per i familiari elencati all'art. 4, par. 1⁷², essa si applica ai cittadini dei paesi terzi. Costoro non possono beneficiare dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, *status* fondamentale del cittadino dell'Unione, e quindi non possono chiedere l'applicazione della giurisprudenza *Coman*, che invece riguarda i soli cittadini dell'Unione. Se la Corte avesse invece dato applicazione alla direttiva 2004/38, sarebbe stato possibile tentare una estensione analogica dell'interpretazione della nozione di coniuge della direttiva 2003/86.

Una nozione di coniuge neutra quanto al genere si ritrova anche nel regolamento 604/2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (c.d. Regolamento Dublino III). Tale regolamento, fondato sull'art. 78 TFUE, prevede che uno solo è lo Stato responsabile ad esaminare una domanda di protezione internazionale. La scelta non dipende dalla volontà del richiedente, ma è determinata da una serie di criteri stabiliti dal regolamento, presentati in ordine gerarchico. Il primo e il secondo criterio individuano come competente lo Stato in cui si trovano i familiari (tra cui il coniuge) del richiedente che hanno ottenuto protezione internazionale o che hanno presentato domanda di protezione. Difficile appare, per le ragioni già illustrate sopra, che la giurisprudenza *Coman* possa essere usata per interpretare la nozione di coniuge del regolamento, perché neppure esso si applica ai cittadini dell'Unione.

e) La sentenza *Coman* sembra appartenere a quel gruppo di pronunce in cui la soluzione appare guidata più dalla volontà di arrivare a una certa conclusione che essere conseguenza dell'interpretazione di una norma giuridica. La "giustizia del caso di specie" sembra prevalere sulla legge. Pronunce di questo genere non sono infrequenti: nell'ambito della libera circolazione delle persone, vengono alla mente i casi *Carpenter*⁷³ e *Ruiz Zambrano*⁷⁴. Il loro reale significato e l'impatto sulla costruzione delle giurisprudenze lo si potrà cogliere solo con il tempo.

72 Corte di giustizia UE, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, pp. I-5769 ss., punto 60. Sulla direttiva, si v. S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcarazo, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary), Second Revisited Edition. Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, Boston, Nijhoff, 2012, pp. 247 ss.; K. Hailbronner, C. Arévalo, T. Klarmann, *Directive 2003/86*, in *Immigration and Asylum Law: A Commentary*, K. Hailbronner, D. Thym (eds.), München, C. H. Beck, 2016, pp. 300 ss.

73 Corte di giustizia UE, sentenza del 11 luglio 2002, caso C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, pp. I-6279 ss. Il Regno Unito aveva disposto l'espulsione della sig. Carpenter, cittadina filippina coniugata con un cittadino britannico, perché si era fermata nel paese oltre il termine di validità del visto con cui aveva fatto ingresso nel paese. La signora nel frattempo si era sposata e non aveva commesso nessun'altra violazione della legge. La Corte di giustizia colloca il caso nell'ambito della libera prestazione dei servizi, perché il sig. Carpenter svolgeva attività professionale a vantaggio di clienti stabiliti in altri Stati dell'Unione. L'espulsione della moglie è intesa come un ostacolo alla prestazione dei servizi del marito.

74 Corte di giustizia UE, sentenza del 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in *Raccolta*, pp. I-1177 ss. Il Belgio aveva disposto l'espulsione del sig. Ruiz Zambrano, cittadino colombiano padre di due minori belgi, perché privo di titolo di soggiorno, benché egli lavorasse e non avesse commesso alcuna violazione della legge. La Corte colloca il caso nell'ambito dell'art. 20 TFUE (cittadinanza dell'Unione), affermando che l'espulsione del genitore costringerebbe i figli a lasciare l'Unione.

Osservatorio documenti

*Garante della Privacy***Provvedimento n. 476 del 31 ottobre 2018****IL GARANTE**

Nella riunione odierna, in presenza del dott. Antonello Soro, presidente, della dott.ssa Augusta Iannini, vicepresidente, della prof.ssa Licia Califano e della dott.ssa Giovanna Bianchi Clerici, componenti e del dott. Giuseppe Busia, segretario generale;

VISTO il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, ("Regolamento generale sulla protezione dei dati", di seguito "Regolamento");

VISTO il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, concernente il Codice in materia di protezione dei dati personali, così come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, concernente "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati)";

Vista la richiesta di parere del Ministero dell'Interno del;

VISTO il decreto del Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione, del 23 dicembre 2015, recante "Modalità tecniche di emissione della Carta d'identità elettronica" adottato ai sensi dell'articolo 10, comma 3, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di enti territoriali e convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, il quale sostituisce il comma 2-bis dell'articolo 7-vicies ter del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43,

VISTO il parere reso dal Garante sul predetto decreto in data 17 dicembre 2015;

VISTA la documentazione in atti;

VISTE le osservazioni dell'Ufficio formulate dal segretario generale ai sensi dell'art.15 del regolamento del Garante n.1/2000;

RELATORE la prof.ssa Licia Califano;

Premesso

Il decreto del Ministero dell'Interno del 23 dicembre 2015, sul quale il Garante ha reso il proprio parere in data 17 dicembre 2015 (www.gdpd.it, doc. web n. 4634495), ha definito le modalità tecniche di emissione della carta di identità elettronica.

Il Ministero dell'Interno, con nota del settembre 2018, ha richiesto il parere del Garante su uno schema di decreto, composto di un unico articolo, volto ad apportare alcune modifiche al decreto del 23 dicembre 2015, sopra citato.

Le modifiche riguardano la sostituzione, in più parti del decreto e degli allegati, della parola "genitori" con le parole "padre" e "madre".

In particolare, all'art. 4, relativo alla "presentazione della richiesta della CIE" viene previsto che:

- nel primo periodo, le parole "(o i genitori o i tutori in caso di minore)" sono sostituite dalle seguenti: "(o dal padre o dalla madre, disgiuntamente, o dai tutori, in caso di minore)";
- al comma 2, le parole "(o dai genitori o tutori in caso di minori)" sono sostituite dalle seguenti: "(o il padre o la madre, disgiuntamente, o i tutori, in caso di minore)";
- dopo il comma 3 è inserito il seguente: "comma 3-bis. La richiesta della CIE valida per l'espatrio per il minore è presentata dal padre e dalla madre congiuntamente".

Le modifiche degli allegati, di contenuto analogo, sono volte a modificare le informazioni da riportare sul documento, previste dall'allegato A (recante le "Informazioni di dettaglio a ciascuna sezione del documento per la versione italiana") e ad armonizzare il testo dell'allegato B (recante "Caratteristiche tecniche della CIE, processo di emissione, infrastruttura tecnologica e organizzativa"), sostituendo, ove ricorre, il termine "genitori".

Osserva

1. Finalità della modifica al decreto

Il Ministero individua la finalità delle modifiche da apportare al decreto del 23 dicembre 2015 nella necessità di adeguarne il testo alla normativa sullo stato civile, in particolare per quanto attiene alla "qualificazione dei soggetti legittimati a presentare agli ufficiali d'anagrafe la richiesta di emissione del documento elettronico in favore di minori di età", in un contesto di complessiva coerenza nell'esercizio delle funzioni statali delegate.

Al riguardo, la relazione illustrativa, evidenzia che "gli elementi riportati sulla carta di identità sono i dati anagrafici del titolare, come risultanti dalla relativa scheda anagrafica tenuta dal Comune di residenza, conformi ai rispettivi elementi degli atti dello stato civile e, in particolare, alla disciplina degli atti di nascita riferita alla madre ed al padre – di cui agli artt. 17, 30, 33 34 del D.P.R. n. 396/2000 – nonché dei relativi registri". La modifica, quindi, "introduce nella disciplina di emissione della CIE e nel relativo layout le diciture "madre" e "padre" in luogo di "genitori" così operando un adeguamento dei dati anagrafici riportati sulla carta di identità alle specifiche disposizioni dello stato civile sopra richiamate, nell'ambito di un necessario contesto di armonizzazione dei profili anagrafici dei soggetti richiedenti".

2. Profili di protezione dei dati personali e criticità rilevate

Per quanto riguarda i profili di protezione dei dati personali, considerato che la situazione giuridica soggettiva che rileva è la titolarità della responsabilità genitoriale o della potestà tutoria, si evidenzia che la modifica in esame è suscettibile di introdurre, ex novo, profili di criticità nei casi in cui la richiesta della carta di identità, per un soggetto minore, è presentata da figure esercenti la responsabilità genitoriale che non siano esattamente riconducibili alla specificazione terminologica "padre" o "madre". Ciò, in particolare, nel caso in cui sia prevista la richiesta congiunta (l'assenso) di entrambi i genitori del minore (documento valido per l'espatrio).

Le ipotesi sono quelle in cui la responsabilità genitoriale e la successiva trascrizione nei registri dello stato civile conseguano a una pronuncia giurisdizionale (sentenza di adozione in casi particolari, ex art. 44 l. 184/1983, trascrizione di atti di nascita formati all'estero, riconoscimento in Italia di provvedimento di adozione pronunciato all'estero, rettificazione di attribuzione di sesso, ex l. n. 164/1982), oppure è effettuata direttamente dal Sindaco, senza necessità di ricorso all'autorità giudiziaria.

In tali ipotesi, ove la modifica dovesse essere attuata con le modalità ipotizzate, non risulterebbe contemplata, nel decreto, la possibilità di una richiesta congiunta della carta di identità per il minore (valida per l'espatrio) da parte di figure genitoriali non esattamente riconducibili alla specificazione terminologica "padre" o "madre". In tutti i predetti casi l'esercizio del diritto potrebbe essere impedito dall'ufficio – in violazione di legge – oppure, potrebbe essere subordinato a una dichiarazione non corrispondente alla realtà, da parte di uno degli esercenti la responsabilità genitoriale. Infatti, nella richiesta del documento, nella ricevuta rilasciata dall'ufficio e, soprattutto, nel documento d'identità rilasciato per il minore – in quest'ultimo caso ove richiesto ai sensi dell'art. 3, comma 5 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 recante "Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza" –, il dato relativo a uno dei genitori risulterà essere necessariamente indicato in un campo riportante una specificazione di genere non corretta, non adeguata e non pertinente alla finalità perseguita, ove ciò che rileva è unicamente l'assenso di entrambi i soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale al rilascio di un documento valido per l'espatrio (cfr. art. 3, comma 1, lett. b), legge n. 1185/1967 in materia di rilascio dei passaporti a soggetti minori).

La disposizione, pertanto, nel sostituire in più parti del decreto del 23 dicembre 2015 e dei relativi allegati, il termine "genitori" con le parole "padre" e "madre" rischierebbe di imporre in capo ai dichiaranti, all'atto della richiesta del rilascio del documento di identità del minore, in relazione all'obbligatoria riconducibilità alle nozioni di "padre" e "madre", il conferimento di dati inesatti o di informazioni non necessarie di carattere estremamente personale, arrivando in alcuni casi a escludere la possibilità

di rilasciare il documento a fronte di dichiarazioni che non rispecchiano la veridicità della situazione di fatto derivante dalla particolare composizione del nucleo familiare.

3. Conclusioni e integrazioni richieste

Come ben evidenziato nella relazione illustrativa, il documento di identità deve riportare i dati anagrafici “come risultanti dalla relativa scheda anagrafica tenuta dal Comune di residenza, conformi ai rispettivi elementi degli atti dello stato civile e, in particolare, alla disciplina degli atti di nascita riferita alla madre ed al padre ... nonché dei relativi registri”. Nella procedura prevista per il rilascio della carta di identità, la verifica della correttezza dei dati e della sussistenza della responsabilità genitoriale (o della potestà tutoria) è oggetto di uno specifico accertamento da parte del funzionario comunale preposto, per quanto attiene alla loro corrispondenza con quanto risulta nei registri anagrafici e di stato civile.

Per le ragioni sopra esposte, è necessario, quindi, che le norme che disciplinano il rilascio della carta di identità elettronica siano idonee ad assicurare l'esattezza dei dati verificati dall'ufficiale di stato civile nei relativi registri.

TUTTO CIO' PREMESSO IL GARANTE:

ai sensi dell'art. 58, par. 3, lett. b) del Regolamento¹, esprime parere nei termini di cui in motivazione.

Roma, 31 ottobre 2018

Il Presidente
Soro

Il Relatore
Califano

Il Segretario Generale
Busia

1 rilasciare, di propria iniziativa o su richiesta, pareri destinati al parlamento nazionale, al governo dello Stato membro, oppure, conformemente al diritto degli Stati membri, ad altri organismi e istituzioni e al pubblico su questioni riguardanti la protezione dei dati personali;

Osservatorio decisioni

Corte di appello di Napoli, sezione per i minorenni

Sentenza del 15 giugno 2018

COPPIA DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE COPARENTALE (STEPCHILD ADOPTION) – ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – AMMISSIBILITÀ – DECADENZA AUTOMATICA DELLA MADRE GENETICA DALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE – INSUSSISTENZA – FECONDAZIONE ETEROLOGA – STATUS FILIATIONIS – REGOLA DEL CONSENSO – COPPIA DI GENITORI DELLO STESSO SESSO – APPLICABILITÀ

L'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione nel caso in cui sussista un genitore biologico che ha cura del minore in quanto la norma non sottende una grave carenza delle figure genitoriali; l'adozione non comporta la decadenza automatica della madre genetica dalla responsabilità genitoriale. La richiesta di adozione deve essere accolta anche in una diversa e più ampia prospettiva, tenendo conto che nella specie il bambino è nato in seguito a fecondazione eterologa realizzata all'estero e che la coppia di genitori ha espresso consenso equivalente a quello previsto dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004, sicché debbono applicarsi le disposizioni fondamentali e generali in tema di genitorialità da p.m.a. contenute negli artt. 6, 8, 9 legge cit., che disciplinano la genitorialità da p.m.a. eterologa, le quali ben possono operare anche con riferimento alle coppie omosessuali, che illegalmente, o all'estero, abbiano fatto ricorso a pratiche di p.m.a..

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'appello di Napoli, sezione per i minorenni, così composta:

DOTT. ALESSANDRO COCCHIARA
DOTT. ANTONIO DI MARCO
DOTT. GEREMIA CASABURI
DOTT. GERARDA MOLINARO
DOTT. GULIO FORMATI

PRESIDENTE
CONSIGLIERE
CONSIGLIERE REL.
COMPONENTE PRIVATO
COMPONENTE PRIVATO

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento n.r.g. 710\2018 con ad oggetto: reclamo avverso sentenza del TM Napoli n. 46\18 dell'8 marzo 2018.

tra

X, Elettivamente domiciliata in r, presso l'avv.to F. Quarato., Appellante

c.

Y, Appellata contumace

Con l'intervento del Pg in sede, che conclude per l'accoglimento dell'appello.

In fatto e in diritto

1. Il Tribunale per i minorenni di Napoli, con sentenza n. 48\18 dell'8 marzo 2018, ha rigettato il ricorso di x, la quale aveva chiesto disporsi nei suoi riguardi l'adozione, ai sensi dell'art. 44 lett d) l. 18\1983, di Z nato a xxx da y.

La ricorrente esprimeva di aver instaurato una relazione sentimentale con la y, sfociata fin dal 2008 in una stabile convivenza; le due sono anche civilmente unite, ex l. 76\16, dall'8 settembre 2016 (cfr l'attestato in atti)

Entrambe avevano maturato il progetto di allargare il proprio nucleo familiare con la procreazione di figli; avevano pertanto deciso, congiuntamente, di far sottoporre la più giovane y alla procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti: p.m.a.) eterologa (avvalendosi dei gameti di un donatore anonimo).

Da qui appunto la nascita di Z.

La ricorrente e la madre biologica ne avevano condiviso, fin dalla nascita, la cura, il mantenimento, l'educazione, tant'è che il piccolo le considera entrambe come mamme.

Su tali basi, e alla stregua di una giurisprudenza ormai consolidata, la ricorrente aveva avanzato la richiesta di adozione per cui è causa.

La y non si era costituita, ma era stata sentita dal Tribunale, e aveva espresso il proprio consenso all'adozione.

Era stata anche svolta attività istruttoria, ex art. 57 l. 184\1983.

Il P.m.m., all'esito, aveva espresso parere favorevole all'adozione.

Nondimeno il Tribunale, come detto, ha rigettato il ricorso, ma non perché la ricorrente era risultata inidonea o per l'insussistenza dei presupposti di legge; né il giudice di primo grado ha ritenuto non condivisibile l'interpretazione dell'art. 44, 1° comma, lett. d) l. cit. offerta dalla giurisprudenza più recente, cui si è fatto cenno (e come meglio si dirà infra).

Di contro il Tribunale (recependo espressamente le argomentazioni di una ancora recente sentenza del Tribunale per i minorenni di Palermo, di cui si dirà) ha ritenuto che, ai sensi degli artt. 48 e 50 l. 184\1983 cit., in caso di adozione ex art. 44, 1° comma, l. d) l. cit., la responsabilità genitoriale è esercitata esclusivamente dall'adottante (in quanto non coniuge dell'altro genitore).

Nella specie, di contro, la madre biologica aveva sì espresso il suo consenso all'adozione, senza però rinunciare all'esercizio della responsabilità genitoriale sul minore; dagli atti, anzi, si evince la ferma volontà di entrambe le mamme di esercitare congiuntamente la responsabilità genitoriale, il che non sarebbe comunque consentito dalla legge.

Da qui il rigetto del ricorso, ma anche l'appello della x, la quale ha chiesto, in integrale riforma della sentenza appellata, l'accoglimento del ricorso originario.

Al riguardo ha dedotto i seguenti motivi: a) vizio in rito della sentenza, in quanto non era stato suscitato il contraddittorio tra le parti circa la questione dell'esercizio della responsabilità genitoriale b) motivazione errata e insufficiente, e violazione delle norme di riferimento: artt. 44, 46, 55, 57, l. 184\1983 c) violazione degli artt. 315 ss c.c.

La y, ritualmente citata, non si è costituita, ma ha presenziato all'udienza del 15 giugno 2018.

Il P.g. concludeva per l'accoglimento dell'appello.

All'esito, la Corte si è riservata la decisione.

2. L'appello è fondato sotto plurimi profili.

E' indubbiamente fondato il motivo in rito, in quanto — ex art. 101 cpv c.p.c. — il Tribunale per i minorenni avrebbe dovuto suscitare il contraddittorio delle parti sulla questione (rilevata d'ufficio in sentenza) della concentrazione della responsabilità genitoriale necessariamente in capo della sola adottante; oltretutto — in astratto, a tutto voler concedere — la madre biologica ben avrebbe potuto esprimere il proprio consenso all'adozione pur dopo che fosse stata edotta della perdita della responsabilità genitoriale in forza dell'adozione medesima.

La Corte, però, non è esonerata dalla decisione di merito, non trattandosi di fattispecie per la quale è prevista la remissione del procedimento al primo giudice (art 353 e 354 c.p.c.).

- 3.a. Vi è di più.

La motivazione della sentenza appellata è doppiamente contraddittoria; il Tribunale, infatti, ha proceduto nell'istruzione della causa, come previsto dall'art. 57 l. 184\1983 cit.: è stato anche acquisito il consenso della madre, come detto, e sono state acquisite informazioni dai carabinieri e dai servizi sociali.

Tanto è però incompatibile — già sotto un profilo logico — con l'"impedimento" in diritto invece rilevato con la sentenza appellata.

Né va poi trascurato che del tutto vacua e contraddittoria è l'adesione, solo enunciata, alla lettura dell'art. 44, 1° comma lett. d) l. cit. offerta dalla giurisprudenza più recente, secondo cui l'impossibilità

di affidamento preadottivo va intesa non solo in fatto ma anche in diritto (cfr infra); infatti l'adesione acritica all'orientamento del Tribunale per i minorenni di Palermo, da parte dei giudici partenopei, si traduce, di fatto, nell'adesione all'opposto orientamento precedente, e quindi nell'impossibilità — almeno nella gran parte dei casi — di procedere alla richiesta adozione.

3.b. La Corte, di contro, aderisce pienamente, e non solo in apparenza, al nuovo orientamento cui si è fatto più volte riferimento, e che qui di seguito sinteticamente si ricostruisce (tenuto poi conto che la vicenda per cui è causa è tutt'altro che isolata).

La giurisprudenza minorile, già prima della l. 76\16, aveva ritenuto applicabile l'art. 44, 1° comma, lett. d) l. cit. a coppie omosessuali, consentendo l'adozione del figlio biologico di un partner (in genere di sesso femminile) da parte dell'altro, se legato da uno stabile vincolo affettivo al minore.

In tal senso già Trib. minorenni Roma 30 luglio 2014, Foro it., 2014, I, 2743:

Posto: a) che l'adozione in casi particolari, di cui alla l. 184/83, art. 44, 1° comma, lett. d), presuppone non una situazione di abbandono dell'adottando, ma solo l'impossibilità di affidamento preadottivo, di fatto o di diritto, e b) che non costituisce ostacolo, di per sé, la condizione omosessuale dell'adottante, può farsi luogo a siffatta forma di adozione nei riguardi di una minore, nella specie in tenera età, da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, essendo inoltre stata accertata, in concreto, l'idoneità genitoriale dell'adottante e quindi la corrispondenza all'interesse della minore (nella specie, convivente dalla nascita con le due donne, che ha sempre considerato come propri genitori).

Tale pronuncia, consentendo l'adozione di una bambina da parte della compagna della madre (le due donne hanno contratto matrimonio in Spagna, ove è consentito), ha certo destato virulente polemiche, non solo strettamente giuridiche; in realtà, i giudici minorili romani hanno sostanzialmente confermato un assetto, l'inserimento della minore in una coppia omosessuale, che risale alla sua nascita (la bambina era nata da procreazione assistita eterologa, fortemente voluta da entrambe le donne) e che, in concreto, come accertato, non le è stato fonte di alcun pregiudizio.

In diritto, come accennato, il tribunale per i minorenni ha ritenuto sussistere i presupposti dell'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, alla stregua di una lettura «evolutive» dell'istituto, la c.d. adozione mite, già elaborata da una parte (minoritaria) della giurisprudenza (in termini, però, non del tutto corrispondenti a quelli della sentenza romana).

La sentenza romana ha avuto poi facile gioco nel richiamare il superamento, da parte della giurisprudenza, non solo nazionale, delle discriminazioni nei confronti degli omosessuali, anche in materia di affidamento dei minori, cfr già Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, ma soprattutto Corte eur. diritti dell'uomo 19 febbraio 2013, ric. X, Giur. it., 2013, 1764, secondo cui, ove uno Stato contraente (nella specie l'Austria) contempli l'istituto dell'adozione del figlio del partner a favore delle coppie conviventi di sesso opposto, «il principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso».

Non va poi trascurato che l'"adozione mite" era stata valorizzata, con riferimento all'Italia, da Corte europea diritti dell'Uomo 21 gennaio 2014, Z. c. Italia, Foro It. 2014, IV, 173

Il Tribunale di Roma ha poi successivamente e reiteratamente confermato tale orientamento, cfr Trib. minorenni Roma, 22 ottobre 2015, Foro it., 2016, I, 339, confermato dalla Corte territoriale (cfr App. Roma, 23 dicembre 2015, Foro it., 2016, I, 699; 23 novembre 2016, id., 2017, I, 309).

In tal senso anche altri tribunali per i minorenni (es. trib. Min. Bologna 6 luglio 2017, Foro it., 2017, I, 2852).

Non sono certo mancate voci dissenzienti: in particolare i tribunali minorili di Torino e di Milano hanno espressamente disatteso l'orientamento romano, con provvedimenti però riformati dalle rispettive corti di appello, che invece hanno dato piena e argomentata adesione al nuovo indirizzo.

Cfr così App. Torino, 27 maggio 2016, Foro it., 2016, I, 1910:

“Può essere disposta l'adozione in casi particolari di un minore da parte della compagna dello stesso sesso della madre biologica, ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, atteso che tale istituto non presuppone lo stato di abbandono, rilevando invece la situazione di fatto già esistente, a tutela dell'interesse superiore del minore alla vita familiare (nella specie, sono state accolte le domande di due donne, conviventi e peraltro sposate all'estero, di adottare ciascuna la figlia biologica dell'altra, disponendosi anche l'assunzione per l'una e per l'altra minore del cognome dell'adottante, da anteporsi al proprio, ciò in quanto dagli accertamenti compiuti a mezzo dei servizi sociali era emerso che le due bambine erano ben inserite, anche sotto il profilo affettivo, nella famiglia composta dalle due donne, riconoscendo entrambe come figure genitoriali)”.

La corte torinese ha pertanto disposto l'adozione speciale, ex art. 44, lett. d), l. 184/83, del figlio biologico del partner omosessuale, ritenendo che — specie alla stregua di una lettura costituzionalmente orientata delle norme di riferimento — l'istituto in esame non presuppone lo stato di abbandono del minore

In termini App. Milano 22 aprile 2017, Foro It. 2017, I, 2061:

L'adozione in casi particolari, di cui alla l. 184/83, art. 44, 1° comma, lett. d) costituisce istituto suscettibile di interpretazione estensiva, al fine di evitare discriminazioni a danno delle coppie omosessuali e — non presupponendo una situazione di abbandono dell'adottando, ma solo l'impossibilità, di fatto o di diritto, dell'affidamento preadottivo — può essere disposta anche in favore del partner dello stesso sesso stabilmente convivente con il genitore biologico del minore che vi abbia consentito, sempre che sia stata accertata, in concreto la corrispondenza con l'interesse del minore, e quindi da un lato l'idoneità genitoriale dell'adottante, dall'altro l'esistenza di uno stabile legame affettivo di questi con il minore (nella specie la Corte d'appello in riforma della decisione in senso contrario del tribunale per i minorenni, ha accolto le domande proposte da due donne, legate da una relazione affettiva e successivamente da unione civile, ciascuna di adozione della figlia dell'altra, nate entrambe nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, da procreazione medicalmente assistita, con gameti maschili provenienti dallo stesso donatore).

3.c. La correttezza dell'orientamento "romano" è stato poi sancito dalla stessa Suprema Corte.

Così Cass. 22 giugno 2016, n. 12962:

L'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie, la suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di una bambina, di circa sei anni di età, da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, avendo accertato in concreto l'idoneità genitoriale dell'adottante e, quindi, la corrispondenza all'interesse della minore).

Merita ricordare (anche con riferimento al caso di specie) che Cass. 12962\16 cit. ha anche affermato che

In tema di adozione di un minore in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, non è prevista la designazione ex lege, in ogni caso, di un curatore speciale, che può aver luogo solo allorché il giudice, in concreto, configuri uno specifico conflitto di interessi diretto ed attuale tra il minore stesso ed il genitore che dà il proprio assenso all'adozione (nella specie, il giudice di merito aveva motivatamente escluso la necessità di un curatore speciale, in un caso in cui il conflitto di interessi era ricondotto esclusivamente a quello della donna, che aveva dato il suo assenso all'adozione della figlia, al consolidamento giuridico del proprio progetto di vita relazionale e genitoriale con l'adottante, la sua stabile compagna; la suprema corte, nel confermare tale statuizione, ha osservato che la relazione omoaffettiva sottostante l'adozione non può essere considerata contrastante, in re ipsa, con l'interesse della minore, in quanto una tale valutazione negativa, fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale delle due donne, si risolverebbe in un'inammissibile discriminazione).

Più di recente tale pronuncia è stata confermata con riferimento ad una coppia eterosessuale, il che comprova che le problematiche sono, in gran parte, comuni.

Così Cass. 16 aprile 2018, n. 9373:

L'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, c.d. «mite», presuppone la constatata impossibilità di diritto, e non solo di fatto, di affidamento preadottivo, posto che, a differenza dell'adozione c.d. legittimante, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando, sicché non rappresenta una extrema ratio, né comporta la recisione dei rapporti del minore con la famiglia d'origine, in quanto risponde, piuttosto, all'esigenza di assicurare il rispetto del preminente interesse del minore, e va disposta al fine di salvaguardare, in concreto, la continuità affettiva ed educativa dei legami in atto dello stesso con i soggetti che se ne prendono cura (nella specie, la suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di un minore ormai preadolescente, in favore della coppia che ne era affidataria da circa due anni, atteso, da un lato, che i genitori erano stati dichiarati decaduti dalla responsabilità con provvedimento definitivo, e ne era stata comunque accertata la perdurante inidoneità, e, dall'altro, che il minore aveva instaurato un solido e positivo rapporto con gli adottanti).

Tale assetto, pur recente, può pertanto ritenersi consolidato; né va trascurato che la giurisprudenza, in tema di tutela della omogenitorialità, è andata ormai "oltre", dichiarando l'efficacia nel nostro Paese di provvedimenti stranieri di adozione piena in favore di coppie omosessuali (cfr in ultimo Cass. 31 maggio 2018 n. 14007), nonché di atti di nascita (o di provvedimenti) stranieri, indicanti, come genitori, due persone dello stesso sesso, escludendone la contrarietà all'ordine pubblico; di norma uno è il «geni-

tore biologico», che ha fornito i gameti maschili o femminili, l'altro è il «genitore sociale», il partner del primo (la coppia può anche essere coniugata, nei paesi dove è consentito).

D'altronde, ormai, non pochi ufficiali di Stato civile stanno provvedendo direttamente a formare atti di nascita indicanti una genitorialità omosessuale; il recentissimo Trib. Torino 11 giugno 2018, inedito, dà atto di un riconoscimento ex art. 254 c.c. effettuato da una donna nei confronti del figlio di altra donna (il giudice era stato adito solo per l'imposizione del doppio cognome al bambino).

Il bambino, in tutte tali fattispecie, è stato «programmato» nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa e concepito a mezzo di p.m.a. eterologa (è il caso delle coppie femminili), o anche di maternità surrogata, per quanto illecita in Italia (vi ricorrono soprattutto le coppie maschili), cfr al riguardo Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, confermata, più di recente, da Cass. 15 giugno 2017, n. 14878; per la giurisprudenza di merito cfr ex plurimis Trib. Napoli 6 dicembre 2016, Foro it., 2017, I, 309.

Tale costante e «crescente» (quanto al riconoscimento della tutela) evoluzione giurisprudenziale non è stata fermata, o anche solo rallentata, dall'entrata in vigore della l. 76\2016, istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso che, pur largamente equiparando le unioni civili stesse al matrimonio, esclude — cfr il 20° comma dell'art. 1 — l'applicabilità alle prime sia delle disposizioni del codice civile non espressamente richiamate, sia della l. 184\1983; tuttavia, quanto a quest'ultima, «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

In forza di tale pur ambiguo inciso finale l'interpretazione «evolutiva» dell'art. 44, 1° comma lett. d) cit. della l. cit., così come le altre aperture alla omogenitorialità, in forza del diritto internazionale privato, e cui si è già fatto cenno, hanno conservato valore (e infatti sono state ampiamente ribadite ed estese) anche sotto l'impero della nuova legge.

D'altronde la stessa l. 76\2016, art. 1, comma 25, richiama, e rende applicabile alle unioni civili, disposizioni processuali (in tema di crisi della famiglia) presupponenti la possibile presenza di figli (cfr anche la l. 4\18, cfr infra).

Infine neppure va trascurato che l'art. 1, 20° comma cit. l. 76\16 esclude l'applicazione diretta alle parti dell'unione civile delle disposizioni del codice civile non richiamate e della l. adozioni 184\1983, ma non osta certo, in presenza di identità di ratio, all'applicazione analogica delle medesime disposizioni.

I profili di diritto internazionale privato, peraltro, saranno presto rivalutati dalle SSUU della Cassazione, come indicato da Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382 : ma si tratta di profilo che nella specie non viene in rilievo.

- 3.d.** Tornando al tema dell'adozione ex art. 44, 1° comma, lett. d) l. cit., deve segnalarsi — lo si è anzi anticipato — che, ancora di recente, una pronuncia di merito si è — di fatto — discostata dall'orientamento sopra richiamato.

Il riferimento è a Trib. minorenni Palermo 30 luglio 2017, Foro It., 2018, I, 1537 che — pure — dichiara di prestare adesione all'interpretazione dell'art. 44, 1° comma, lett. d) l. cit. resa da Cass. 12962\16 cit.; nella sostanza però i giudici siciliani negano in radice (e con portata tutt'altro che limitata al caso di specie) la stessa possibilità di adozione del figlio del partner omosessuale (pur se concepito nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa).

La sentenza in esame, infatti, afferma che tale forma di adozione, concernendo persone non coniugate, ha un effetto «collaterale» non previsto dalla stessa coppia omosessuale: il «trasferimento» della responsabilità genitoriale in capo al solo adottante, sicché proprio il genitore biologico ne resterebbe privo, con pregiudizio del minore; da qui anche l'affermazione che il consenso all'adozione speciale di quest'ultimo (almeno nella specie) sarebbe mancato o viziato (per l'inesatta conoscenza, almeno, delle conseguenze giuridiche).

Tanto perché gli artt. 48 e 50 l. adozioni, disposizioni di stretta interpretazione, prevedono l'esercizio congiunto della responsabilità, in caso di adozione speciale, solo allorché questa venga disposta in favore del figlio del coniuge; per le coppie non coniugate, comprese quelle omosessuali (pur se civilmente unite), invece, opera il principio opposto, appunto la concentrazione della responsabilità in capo al solo adottante.

In altri termini l'adozione speciale, per le coppie non coniugate, comporterebbe *tout court* la decadenza del genitore biologico dalla responsabilità genitoriale (sicché egli dovrebbe prestare il proprio consenso non solo all'adozione speciale da parte del proprio partner, ma anche all'abdicazione alla propria responsabilità genitoriale). Così la massima:

L'adozione in casi particolari di un minore ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83 — che pure non presuppone lo stato di abbandono, nei termini indicati da Cass. 12962\16 — non può essere disposta in favore della compagna dello stesso sesso della madre biologica, che pure vi abbia consentito, in quanto, trattandosi di coppia non coniugata, la responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 48 e 50 l. cit., competerebbe esclusivamente all'adottante, venendone privata la madre biologica, tanto con pregiudizio

all'interesse del minore (il Tribunale ha inoltre rilevato che, nella specie, il consenso materno all'adozione è mancante o viziato, non avendo certo ella inteso rinunciare alla responsabilità genitoriale).

Va rilevato che tale pronuncia è rimasta isolata nel panorama della giurisprudenza di merito, ad eccezione proprio del Tribunale dei minorenni di Napoli che, con la sentenza impugnata (ed altra pure sottoposta alla cognizione di questa Corte) vi ha prestato piena adesione.

Da qui appunto le censure dell'appellante, che pure si condividono, come si dirà in prosieguo.

D'altro canto già Trib. minorenni Bologna 31 agosto 2017, Foro It., 2018, I, 1536, ha preso espressamente le distanze dalla di poco precedente pronuncia palermitana, "smontandone" le argomentazioni in termini del tutto convincenti; i giudici felsinei hanno così negato che l'adozione speciale comporti la concentrazione della responsabilità genitoriale in capo al solo adottante (con le richiamate ricadute sia in tema di consenso del genitore biologico che di tutela dell'interesse del minore); è vero che gli art. 48 e 50 l. adozione cit. affermano il principio della condivisione della responsabilità per le coppie coniugate; tanto però non comporta che, per le altre operi il principio opposto (addirittura con la decadenza del genitore biologico dalla responsabilità in oggetto): una tale condivisione troverà invece fondamento sulle generali previsioni degli art. 315 bis ss c.c. Così la massima:

L'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, può essere disposta anche in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, concepito (nella specie a mezzo di procreazione medicalmente assistita) nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, costituendo una famiglia anche quella omoaffettiva, in cui è possibile la crescita di un minore, in quanto tale statuzione: 1) non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando, ma solo l'impossibilità, anche di diritto, dell'affidamento preadottivo, sempre che al riguardo sussista in concreto l'interesse dell'adottando; 2) è consentita anche in forza della c.d. clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, 20° comma, l. 76/16, qualora adottante e genitore biologico siano civilmente uniti 3) non comporta che la responsabilità genitoriale sia esercitata dal solo adottante, pur se questi non è coniugato con il genitore biologico, in quanto l'esercizio comune trova comunque fondamento, ancorché sugli artt. 48 e 50 l. 184/1983, sulla generale e inderogabile previsione degli artt. 315 bis ss c.c.

La Corte condivide appieno, come accennato, tale ultima pronuncia; d'altronde — e come osservato dalla migliore dottrina — l'art. 48 l. 184/1983 non è una norma generale sull'attribuzione della responsabilità genitoriale in caso di adozione in casi particolari ex art. 44 l. cit. (come appunto ritenuto dai giudici palermitani), ma concerne la fattispecie di adozione del minore da parte di due coniugi, o dal coniuge di uno dei genitori: il coniugio è qui parte della fattispecie.

Tale disposizione non è però di stretta interpretazione, né può essere letta nel senso di escludere la condivisione della responsabilità genitoriale nel caso in cui l'adottante non sia coniuge del genitore biologico.

In primo luogo infatti — alla luce dell'unicità dello status di figlio — non può esservi alcuno spazio per l'introduzione di distinzioni circa l'esercizio della responsabilità genitoriale sui figli, in relazione alla fonte dello status medesimo.

Più di preciso — come appunto ritenuto dai giudici bolognesi, ma anche dalla migliore dottrina — le disposizioni generali (per ogni "tipo" di filiazione) ed inderogabili sulla responsabilità genitoriale sono quelle, sopra richiamate, dettate dal codice civile (in particolare l'art. 316 c.c.), che appunto prevedono la condivisione tra i genitori (non rileva "come" divenuti tali) della responsabilità in oggetto.

Tali disposizioni operano infatti per ogni forma di genitorialità, compresa quella adottiva: l'art. 48 l. 184/1983 ne costituisce solo una specificazione, mentre l'art. 50 l. cit. (relativo a fattispecie che qui non interessa) non conduce a condizioni diverse, e d'altronde la stessa disposizione sul consenso all'adozione ex art. 44 l. cit. da parte del genitore biologico non contiene alcun riferimento ad una qualche forma di rinuncia alla responsabilità genitoriale in favore dell'adottante non coniuge.

Neppure va trascurato che la pronuncia palermitana, introducendo una sorta di decadenza automatica della responsabilità genitoriale, o addirittura una possibilità di rinuncia alla stessa (da parte del genitore biologico che consenta all'adozione in oggetto, quasi si trattasse di diritti disponibili), al di fuori di ogni valutazione giudiziale della inidoneità di quel genitore, in riferimento alle sue condotte, si pone — semplicemente — al di fuori dei principi fondanti dell'ordinamento giuridico.

4. Può allora esaminarsi il caso di specie (alla stregua dell'istruttoria svolta, pur contraddittoriamente, in primo grado, come già accennato).

La madre biologica, la y, aveva prestato, già in primo grado, il proprio consenso, pieno e incondizionato, all'adozione del piccolo Z da parte della propria compagna, l'odierna appellante.

Ella, il 28 dicembre 2017, si è espressa nei termini che seguono innanzi ai giudici onorari del Tribunale per i minorenni: "esprimo il mio consenso all'adozione di mio figlio Z da parte di mia moglie x. Preferisco parlare di Z come di nostro figlio, io e X abbiamo desiderato e voluto questo figlio solo dopo aver constatato la solidità del nostro legame affettivo e Z è il compimento del nostro progetto d'amore.

Z chiama mamma sia me che X, è un bambino felice e sereno. E' stato accolto con amore e affetto prima dalle nostre famiglie di origine e quindi da amici e parenti"; la y ha anche precisato che l'appartamento dove abitano è in proprietà, e il mutuo è cointestato; alla nascita di z, hanno stipulato ciascuna una polizza vita, indicandosi reciprocamente, insieme al bambino, come beneficiarie.

Tale consenso è stato peraltro confermato (ultroneamente) anche innanzi a questa Corte.

E' così adempiuta la condizione di cui all'art. 45, 1° comma, l. 184/1983.

E' stata sentita, ancora in primo grado, anche la x, pure in data 28 dicembre 2017, che ha ribadito la richiesta di adozione; ha riferito di essere stata vicina alla y durante la gravidanza e di aver partecipato al parto; "Sento Z come un figlio, nato da un nostro progetto d'amore voluto e condiviso. Z mi chiama mamma, mi presenta come mamma e tutti gli amici e le loro famiglie sanno che Z ha due mamme. Non siamo mai state discriminate, né noi né nostro figlio Z, anzi abbiamo trovato un ambiente molto aperto e accogliente. Anche con le maestre abbiamo creato un buon rapporto, la scuola in cui abbiamo iscritto Z già accoglie una coppia di gemelle con due mamme. Z è un bambino sereno, felice, socievole. Le nostre famiglie di origine hanno partecipato a questo progetto e in particolare mio padre è stato felicissimo di avere un nipote maschio".

Il 28 dicembre 2017 è stato sentito anche il bambino, che ha raccontato di avere due gatti, di frequentare la scuola e che le maestre sono buone e gentili, di essere con il cugino il più bravo della classe, e di fare sport (nuoto); si noti che egli ha sottoscritto il verbale, firmandosi "Z y x".

L'idoneità della adottante, e la conformità dell'adozione all'interesse concreto del minore, trova poi riscontro nell'istruttoria comunque compiuta dal Tribunale per i minorenni.

I CC, stazione di Napoli Vomero-Arenella, con relazione del 19 luglio 2017, riferiscono che la x risulta di buona condotta morale e civile, è immune da pregiudizi, non è mai stata fermata in compagnia di persone controindicate, né risulta fare uso di stupefacenti; in pubblico gode di buona stima e reputazione e dispone di una buona posizione economica. E' amministratrice unica di una società con sede in Napoli (con ad oggetto la vendita di apparecchiature televisive), dipendente di altra società del settore e cointestataria, con la y, dell'appartamento ove risiede.

Le buone condizioni economiche trovano riscontro (oltre che nella relazione di cui subito si dirà) nella documentazione fiscale in atti (la documentazione prodotta concerne la situazione abitativa della famiglia, il rapporto di lavoro della y, le polizze vita; vi sono anche numerose fotografie del bambino, con le due donne e in diversi contesti familiari).

Del tutto favorevole è poi la relazione socio ambientale predisposta dai Servizi Sociali del Comune di Napoli, Municipalità 5, del 24 luglio 2017; le sue scelte di vita sono condivise dalla famiglia di origine.

La y, come detto madre biologica, dopo circa 10 anni di professione forense, attualmente lavora per la società di cui è amministratrice delegata la compagna.

Le due hanno ribadito di avere un legame sentimentale ormai consolidato, e che la p.m.a. eterologa ha avuto luogo in Danimarca.

Così la relazione: "Da subito Z si riferisce a due donne che, con garbo e a tempo debito, gli hanno spiegato amorevolmente che lui "è frutto di un semino di un signore gentile e generoso che è stato unito all'uovo nella pancia di mamma Yyy". Ed evidentemente tali discorsi sono stati così ben compresi e metabolizzati dal piccolo che, oggi, Z non sembra presentare alcun tipo di problemi a dire che "ho due mamme, non ho un papà ma tanti amici e zii" ai quali può rivolgersi o giocare".

Il bambino, in particolare (che ormai frequenta le scuole elementari), è apparso, all'assistente sociale, "molto curato nell'aspetto, socievole, coinvolgente nei suoi giochi...si rivolge chiamando "mammina" e "mammona" le signore x e y; le abbraccia ambedue sorridendo e baciandole indistintamente; a volte, come riferito, usa un tono di voce diverso per identificare l'una o l'altra mamma, e comunque sembrerebbe consapevole dei ruoli diversi che le due signore hanno nella gestione del menage familiare".

In definitiva sussistono in pieno i requisiti di cui agli artt. 44, 1° comma, lett. d) e 57 l. cit.

Il bambino è infatti inserito stabilmente in un contesto familiare sano, che ne assicura la crescita fisiopsichica equilibrata, e che ha intessuto uno strettissimo legame con entrambe le donne di riferimento, la madre biologica e l'odierna appellante.

Quest'ultima è sia idonea affettivamente, sia capace di educare e istruire il minore, cui è a sua volta affettivamente legatissima (considerandolo un figlio): l'adozione richiesta allora corrisponde in pieno all'interesse concreto di Z (che è appunto il superiore interesse del minore, nella specie svilito dal Tribunale con la sentenza appellata).

- 5.a.** La Corte reputa però che il gravame vada accolto — conformemente agli ulteriori motivi di appello — anche in una diversa e più ampia prospettiva, tanto non come obiter, ma al fine di assicurare una decisione, in diritto, più rigorosa e sistematica.

Punto di partenza è la tutela del superiore interesse del minore, "stella polare" del sistema; i riferimenti normativi — a partire dall'art. 30 Cost. — sono innumerevoli, sia nel diritto interno (es. art. 337

ter ss c.c.) che in quello sovranazionale (cfr, ex plurimis, l'art. 24 della Carta di Nizza, ma anche l'art. 24 della convenzione de L'Aja del 1993).

Ancora nel diritto interno, proprio la tutela del superiore interesse del minore è alla base sia della l. 173\15, che sancisce un vero e proprio diritto alla continuità affettiva (se appunto corrispondente a quell'interesse), proprio in ambito adottivo, sia della recentissima l. 4\18 (relativa — beninteso — a gravissime fattispecie che, ovviamente, nella specie non ricorrono) che — novellando, tra l'altro, l'art. 4 l. 184\1983 — pure espressamente privilegia la continuità affettiva del minore con il congiunto; è degno di nota, peraltro, che tale legge sostanzialmente pone sullo stesso piano la genitorialità da matrimonio o convivenza ovvero da unione civile.

E' poi appena il caso di ricordare che la giurisprudenza (il riferimento è — in prima battuta — a quella interna) attribuisce alla tutela del superiore interesse del minore plurime valenze, di diritto sostanziale ma anche processuale (è sufficiente richiamare il ruolo centrale che ha ormai assunto — anche normativamente — l'ascolto).

La tutela del superiore interesse del minore permea di sé tutti gli istituti giuridici relativi ai minori medesimi; ad es. vi è subordinato anche il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, cfr Cass. 28 febbraio 2018, n. 4763.

Le stesse azioni di stato, ormai, non sono immuni — quale che sia la verità biologica\genetica — dalla valutazione (tendenzialmente prevalente, in caso di conflitto) del superiore interesse del minore, cfr *infra*.

Può allora affermarsi, con la giurisprudenza ormai consolidata e la migliore dottrina, che il principio del superiore interesse del minore, per la sua primaria rilevanza, sia costituzionale e di diritto interno, sia europea sia internazionale, svolge una funzione integratrice, ma anche di adeguamento, conformazione e di correzione dello stesso principio di legalità (da qui, ad es., la rilevanza dei rapporti familiari anche solo di fatto), consentendo di temperare o al limite di disapplicare talune norme che incidono sui minori; in tal senso la recente Cass. 14007\2018 che, nell'escludere la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento straniero (francese) di adozione piena di minori in favore del partner (coniuge, in quell'ordinamento e, come si dirà *infra*, anche in quello italiano) omosessuale del genitore biologico, ha osservato che

Il principio del superiore interesse del minore opera necessariamente come un limite alla stessa valenza della clausola di ordine pubblico che va sempre valutata con cautela e alla luce del singolo caso concreto...il preminente interesse del minore, alla luce della normativa nazionale e internazionale in materia di adozione e quindi il diritto del minore a vivere in modo stabile in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali vale dunque ad integrare lo stesso concetto di ordine pubblico nella materia specifica.

Il principio in oggetto, conformando l'ordine pubblico, consente di derogare anche alle norme penali (arg. ex Cass. 19599\16 cit.).

- 5.b.** E' alla luce del principio in oggetto che devono allora affrontarsi le nuove modalità di procreazione (p.m.a., ma anche la maternità surrogata che presenta sì profili negoziali, ma che alla prima è comunque riconducibile).

Deve infatti riconoscersi che la stessa determinazione del rapporto giuridico di filiazione è ormai divenuta estremamente complessa, ferma l'unicità dello stato, ex art. 315 c.c.; tanto discende sia dall'evoluzione scientifica-tecnologica (appunto, la p.m.a.), sia da quella dei costumi e della cultura (il riferimento è alla omogenitorialità, ma anche — in termini più generali — alle c.d. famiglie ricomposte, cfr *infra*).

Tanto ha trovato conferma, ad es., nella ancora recente (e non definita), ormai notissima vicenda dello scambio di embrioni, nell'ambito di due distinti interventi di p.m.a. omologa presso un ospedale romano (cfr in ultimo Trib. Roma 10 maggio 2016, Foro it., 2016, I, 2925), che ha messo allo scoperto le obiettive difficoltà per i giudici di definire in termini soddisfacenti sotto un profilo giuridico, ma prima ancora umano, fattispecie nuove e di estrema complessità, per quanto di rara o anche eccezionale (quanto al caso dello scambio di embrioni) verifica.

Deve allora riconoscersi che la rigida applicazione delle disposizioni codicistiche sulla procreazione naturale anche alle «nuove modalità» di procreazione è ormai, oltre che inadeguata, giuridicamente errata.

È infatti possibile configurare una sorta di tripartizione tra genitorialità (*rectius*, di attribuzione dello status) da procreazione naturale, da p.m.a. e da adozione legale (ex l. 184/83).

La prima forma di procreazione, «tradizionale» e più diffusa, è tuttora determinata, essenzialmente, in base al criterio del dato biologico-genetico (con peculiare rilevanza, quindi, della gestazione e del parto), ciò sia con riferimento all'accertamento che alla rimozione; il dato volontaristico è, evidentemente, del tutto marginale.

In tal senso sono tuttora strutturate le azioni di stato, specie dopo la novellazione del 2012-13, che, in linea di principio (ma cfr. infra), sono volte a conseguire la corrispondenza del dato giuridico, rappresentato dallo status, con la realtà biologica.

La realtà giuridica, beninteso, è più complessa; così la donna, anche coniugata, può evitare la formazione dello stato di madre avvalendosi della facoltà di non essere indicata nell'atto di nascita, ex art. 30, 1° comma, d.p.r. 396/00.

Pertanto proprio l'esercizio di tale facoltà, qualora — anche a distanza di molti anni — la donna scelga di rimuovere l'anonimato, come ormai consentito (in forza di un intervento della Consulta, preceduto da uno della corte di Strasburgo), determina l'insorgere di una genitorialità meramente affettiva (non giuridica, salvi i divieti matrimoniali) tra la stessa e il figlio, ma anche tra quest'ultimo e i fratelli e le sorelle che dovesse "scoprire", cfr. Cass. 25 gennaio 2017, n. 1946; 20 marzo 2018, n. 6963.

Soprattutto ha fatto ormai irruzione, anche nelle azioni di stato — lo si è detto — l'esigenza di tutela del prevalente interesse del minore, in particolare alla stabilità e alla conservazione dello status acquisito (favor stabilitatis e affectionis), anche se non corrispondente alla verità biologica.

La biologia, si è brillantemente osservato, non può prevalere sulla biografia.

La stessa previsione di termini rigorosi per l'esercizio sia dell'azione di disconoscimento che dell'impugnativa per difetto di veridicità, introdotti dalla richiamata recente novellazione, è dettata proprio da tale esigenza.

La giurisprudenza in materia è ormai molto ampia, di merito come di legittimità.

E' però fondamentale Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162 la quale (nel far cadere il divieto di p.m.a. eterologa, previsto dalla l. 40/04), ha affermato, da un lato, che la scelta di diventare genitori è espressione della libertà di autodeterminazione personale, dall'altro che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito per l'appartenenza familiare.

Più di recente Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272 ha ribadito l'operatività del superiore interesse del minore anche nelle azioni di stato, compresa l'impugnativa ex art. 263 c.c. (nella specie, però, alla base vi era una fattispecie di maternità surrogata): in caso di divergenza tra identità biologico-genetica e identità legale, il giudice è chiamato ad un bilanciamento degli interessi in gioco, anche a tutela di quello dei minori alla conservazione dello stato acquisito.

In una prospettiva di diritto europeo, d'altronde, la conservazione degli status acquisiti corrisponde al principio fondamentale di libertà di circolazione nell'ambito dell'Unione.

- 5.c.** Accanto alla genitorialità naturale si pone però quella da p.m.a., che implica l'intervento di un terzo, il medico, e che può prescindere del tutto dal legame genetico del figlio con la coppia richiedente; la p.m.a. eterologa, infatti, può essere anche doppia, ovvero totale (in quanto sia il gamete maschile che quello femminile sono estranei alla coppia richiedente); vi è quindi un almeno tendenziale disallineamento (come del resto per l'adozione) tra dato genetico e stato di filiazione.

Tale genitorialità è insofferente — lo si è detto — all'applicazione, *tout court*, delle disposizioni civilistiche dettate, essenzialmente, per quella naturale.

Le fondamentali normative (principali pur se non esclusive) della genitorialità da p.m.a. si rinvencono nella l. 40/04, quale «riscritta» e «costituzionalizzata» dalla giurisprudenza, specie costituzionale, in particolare negli art. 6, 8 e 9, che esprimono ormai (dopo Corte cost. 162/14) regole di portata generale per tutte le forme di p.m.a.

Pertanto:

– il nato da p.m.a. (omologa o eterologa che sia) ha lo stato di figlio (quindi quello di figlio nato nel matrimonio o fuori dal matrimonio) «della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»;

– in caso di p.m.a. eterologa (pur vietata nel testo originario della legge) il partner maschile che abbia dato il suo consenso alle pratiche in oggetto non può né disconoscere il figlio (se matrimoniale), né esercitare l'impugnativa per difetto di veridicità (se convivente);

– la madre, dal canto suo, non può avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita: non v'è spazio per il parto anonimo;

– il donatore di gameti non acquisisce nessuna relazione giuridica parentale con il nato, e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi.

Il nato da p.m.a., in definitiva, gode di una tutela, quanto alla stabilità dello stato, maggiore rispetto al nato da procreazione naturale: e tanto si riflette già sul concepito, potenzialmente sullo stesso embrione non impiantato.

L'elemento volontaristico/consensuale, quindi, è assolutamente prevalente, ai fini della determinazione della filiazione da p.m.a., omologa o eterologa che sia, rispetto al mero dato della derivazione genetico-biologica, al limite anche gestazionale, che può anche mancare; tanto, beninteso, anche con riferimento all'acquisizione degli status.

Dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui ad una causalità umana; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) si fonda sì sulla

verità, ma non su quella biologica: la verità è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo genitoriale.

A ben vedere, l'individuazione dello status del figlio opera anticipatamente: infatti il consenso della coppia (quindi anche dell'uomo) alle pratiche di p.m.a. diviene irrevocabile a partire dalla fecondazione dell'ovulo, quindi dalla formazione dell'ovocita (art. 6, 3° comma, l. cit.).

Successivamente a tale momento la volontà dei componenti della coppia perde rilievo; così può procedersi all'impianto nonostante la morte, nelle more, dell'uomo.

Beninteso, resta fermo — il riferimento agli art. 2 e 32 Cost. è scontato — il diritto della donna di rifiutare l'impianto (non essendo certo configurabile una gravidanza, o piuttosto uno «stupro di Stato»). Non a caso la Consulta non si è mai pronunciata sulla questione, pur prospettata più volte, per difetto di rilevanza: cfr. Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84.

Quello configurato dalla legge è un consenso informato, che costituisce una forma di assunzione consapevole della responsabilità genitoriale (non casualmente l'art. 6, ultimo comma, l. cit. precisa che ai richiedenti devono essere esplicitate con chiarezza le conseguenze giuridiche di cui agli art. 8 e 9).

Alla base — ed è dato dirimente e qualificante — vi è un progetto di genitorialità condivisa, richiamata, infatti, da non poche pronunce giurisprudenziali, a partire da Cass. 19599\16 cit.

La configurazione di una genitorialità/filiazione fondata non tanto sulla derivazione biologica (che, come detto, può mancare), quanto sul consenso, può avere ricadute anche con riferimento alla maternità surrogata, compresa quella omogenitoriale, ma è profilo che qui non interessa.

Peraltro, merita ricordarlo, l'assetto della genitorialità/filiazione da p.m.a., è sì molto diverso da quello previsto per la genitorialità naturale, ma neppure vanno sopravvalutate le differenze.

Si è visto, infatti, che anche per quest'ultima la verità biologica non sempre prevale: il primato spetta, semmai, alla tutela dell'interesse del figlio, con conseguente conservazione anche di status non corrispondenti alla verità biologica-genetica, ma che ormai esprimono l'identità (definitivamente) acquisita dal figlio medesimo; d'altro canto la genitorialità da p.m.a., di fatto, è nella gran parte dei casi anche biologico-genetica (almeno quanto ad uno dei due componenti della coppia; l'eterologa totale, con gameti provenienti da terzi sia sul lato maschile che su quello femminile, è molto rara; d'altronde la giurisprudenza tende a «tollerare» la stessa maternità surrogata allorché almeno uno dei due committeenti sia anche genitore biologico).

6. In ogni caso si pone — ed è essenziale nella specie — la questione della tutela della genitorialità da p.m.a. fondata sul consenso, nell'ambito di un progetto condiviso di genitorialità, anche con riferimento all'assunzione della relativa responsabilità e — prima ancora — all'acquisizione, da parte del minore, di uno stabile status (corrispondente alla realtà effettuale, può anticiparsi).

La questione non concerne però le coppie eterosessuali, coniugate o meno: anche a fronte di fatti-specie di p.m.a. eterologa i componenti della coppia sono legalmente genitori (il marito, in particolare, in forza della presunzione di paternità; si discute se il partner non coniugato debba procedere al riconoscimento, che in ogni caso discende dall'irretrattabile consenso alla pratica).

Più complessa e problematica è la questione relativa alle coppie omosessuali; queste però non possono essere discriminate, come reiteratamente affermato — lo si è detto — dalla Corte di Strasburgo, e come del resto imposto dall'esigenza di tutela del superiore interesse del minore.

Certo, la l. 40\2004 riserva le pratiche di p.m.a. alle coppie di sesso diverso, cfr il vigente art. 5.

Si tratta però di dato non dirimente, senza che occorra sollevare un incidente di illegittimità costituzionale di tale disposizione.

Si è infatti detto che le disposizioni fondamentali e generali in tema di genitorialità da p.m.a. sono quelle contenute negli artt. 6, 8, 9 legge cit., che — per quanto qui interessa — disciplinavano la genitorialità da p.m.a. eterologa pur se vietata (con severe sanzioni) dalla medesima legge, cfr art. 4, 3° comma (dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte Cost. 162\2014 cit.).

Ne segue che le regole espresse da tali disposizioni ben possano operare anche con riferimento alle coppie omosessuali, che illegalmente, o all'estero, abbiano fatto ricorso a pratiche di p.m.a., come appunto nella specie: e certo le «colpe» dei genitori non possono ricadere sui figli.

D'altro canto — lo si rileva incidentalmente — la clausola di equivalenza di cui all'art. 1, comma 20 l. 76\2016 cit. opera sicuramente anche con riferimento alla l. 40\2004 (sicché ben potrebbe ritenersi che l'esclusione dalla p.m.a. delle coppie dello stesso sesso, di cui all'art. 5 cit., sia stata parzialmente tacitamente abrogata); nella specie, comunque, l'unione civile tra le parti è successiva alla nascita del minore di cui si tratta.

Resta comunque che la genitorialità da p.m.a. eterologa (anche «doppia», con gameti sia maschili che femminili) è vera genitorialità, sia pure su basi diverse da quella biologica.

La giurisprudenza ha poi evidenziato casi di nascite da p.m.a. realizzata da coppie omosessuali femminili caratterizzate da un legame biologico-genetico del nato con entrambe le donne (l'una gestante, l'altra donatrice dei gameti femminili), cfr Cass. 19599\16 cit.

In altri (e più numerosi) casi la partner della madre biologica (più di preciso, la gestante) non ha alcun legame biologico-genetico con il nato (i gameti femminili sono quelli della gestante, o di una terza anonima), ma ciò non ha alcuna rilevanza, alla stregua già delle richiamate disposizioni della l. 40\2004, sulla formazione del rapporto genitoriale.

D'altro canto, in una prospettiva sovranazionale, anche la Corte di Strasburgo è particolarmente attenta a valorizzare, con riferimento all'art. 8 Cedu, la conservazione o anche l'acquisizione di uno status di filiazione, pur formatosi illegalmente (es. da maternità surrogata), che però si sia sufficientemente consolidato, a tutela dell'interesse dei figli stessi.

Il riferimento è, in primo luogo, alle sentenze «gemelle», relative al divieto posto dalla legge (civile) francese di maternità surrogata, cfr Corte eur. diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M., Foro it., 2014, IV, 561.

La grande camera della medesima corte, con specifico riferimento all'Italia, ha escluso la violazione dell'art. 8, cit., in un caso in cui un minore, nato da maternità surrogata, era stato allontanato dalla coppia «committente», e quindi dato in adozione a terzi, non solo e non tanto per la mancanza di qualsiasi legame genetico tra il bambino e la coppia, e per l'illegalità della condotta della coppia stessa, ma soprattutto perché tra i tre non si era ancora consolidata una «vita familiare», pur di mero fatto (la convivenza era durata pochi mesi), Corte eur. diritti dell'uomo 24 gennaio 2017, D.P., Foro it., 2017, IV, 105.

Pertanto, secondo la corte di Strasburgo, la durata della relazione con il bambino è un fattore chiave per il riconoscimento della vita familiare, quindi della configurazione di un rapporto di filiazione tutelabile.

Tornando alla genitorialità omogenitoriale, la giurisprudenza nazionale — comunque ben attenta ai profili di effettività del rapporto genitoriale — dà rilevanza, lo si è del resto già affermato, al consenso alla p.m.a., nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa.

La partner della madre biologica (siano le due o meno civilmente unite), in altri termini, non è una sorta di *terzo* genitore, come può configurarsi con riferimento alle c.d. famiglie ricomposte (etero o omosessuali), in cui il minore è nato da una precedente relazione del genitore biologico (sicché il rapporto affettivo, per quanto significativo, si è creato ex post, appunto con un soggetto estraneo alla coppia che lo ha generato).

Di contro, ella è il *secondo* genitore, l'unico che il minore possa avere, e svolge tale ruolo — evidentemente — addirittura da un momento precedente al concepimento, avendo contribuito alla sua generazione (non importa se *solo* con la prestazione del relativo consenso: ella — ed è dato dirimente — se ne è assunta la responsabilità *ab origine*).

Vi è appunto una fortissima esigenza di tutela (anche quanto alla gestione della vita quotidiana) che concerne, essenzialmente, proprio il minore, sia allorché la coppia genitoriale sia unita e convivente, sia in caso di crisi e di separazione della coppia stessa, tutela che — in questo secondo caso — rischia di essere confinata nei limiti angusti segnati da Corte Cost. 20 ottobre 2016, n. 225 (si consideri poi anche il caso della morte di una delle partner, specie la madre biologica).

Da qui allora, certo in una prospettiva di diritto internazionale privato, le pronunce, cui si è fatto cenno, che hanno riconosciuto l'efficacia nel nostro Paese di provvedimenti stranieri di adozione piena, ma anche di atti e di provvedimenti indicanti la doppia genitorialità omosessuale.

A maggior ragione allora, in tale più ampia prospettiva, i giudici hanno il dovere (naturalmente una volta accertata la ricorrenza dei requisiti di legge) di disporre, quando richiesta, l'adozione ex art. 44, 1° comma, lett. d) l. 184\1983.

Tanto nella consapevolezza che quest'ultima — specie a confronto con le forme di protezione più avanzate conseguibili in forza delle disposizioni di diritto internazionale privato — offre le garanzie minimali inderogabili di tutela del minore, assicurandogli un (pur non pieno, almeno alla stregua della giurisprudenza prevalente) legame giuridico con il genitore sociale\affettivo\intenzionale (la prassi utilizza termini e espressioni diverse).

Si tratta di una tutela meno piena di quella che spetterebbe, invero, soprattutto perché quest'ultimo, l'adottante, è — lo si ribadisce — vero e secondo genitore, alla pari di quello biologico, in forza di quel progetto condiviso di genitorialità più volte richiamato.

Da qui, a fronte di una tale fattispecie, l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in parola, in cui — di norma — il legame tra l'adottante e il minore è ben meno incisiva, in termini di qualità del rapporto (si ricordi che l'adozione ex art. 44, 1° comma, lett. d) l. cit. presuppone l'impossibilità di affidamento preadottivo, pur nel senso ora delineato dalla giurisprudenza, il che comporta che l'adottante è estraneo alla procreazione del minore stesso).

Vi sarebbe spazio (o almeno necessità, anche sotto il profilo costituzionale), in altri termini, per forme di riconoscimento della genitorialità ben più piene e adeguate (anche alla luce del ragionamento che si è sopra sviluppato, che peraltro potrebbe essere esteso — ma qui non interessa — anche alle coppie maschili).

Oltretutto l'adozione ex art. 44 cit. va pur sempre richiesta; si pone allora il quesito se, in mancanza di una tale domanda, possa esservi spazio per il riconoscimento (anche su iniziativa pubblica) di altre forme di tutela.

In altri termini, anche a voler ritenere, con un orientamento minoritario, che l'adozione in parola sia equiparabile a quella piena, vi è il dato obiettivo, appunto integrante di per sé una minorata tutela per il minore, che non vi è comunque un riconoscimento automatico o almeno obbligatorio della genitorialità, come invece prevede la l. 40\2004: ma è profilo qui non rilevante.

Nella specie, infatti, l'adozione in parola è stata richiesta e, sotto il profilo processuale, opera poi il principio della domanda, e d'altronde il presente giudizio è di appello.

L'appellante e la madre biologica, nel chiedere di farsi luogo all'adozione in parola in favore della prima (formalmente unica richiedente: ma nella sostanza la richiesta è comune, come confermato dal consenso di cui si è detto) hanno ribadito e concretizzato quanto allo status, opportunamente, l'originaria decisione comune di procedere alla p.m.a., nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa.

Il minore per cui è causa, in fatto, concepito e nato in attuazione di quanto sopra riferito, è inserito in quella che considera ed è la sua famiglia, ed è (ben) accudito dalle due donne che ne condividono, sotto ogni profilo, sia pure solo ancora in via di fatto, la responsabilità genitoriale.

Per il resto resta fermo quanto osservato sulla idoneità della x e sul suo rapporto con il minore.

La pronuncia dell'adozione consente di stabilizzare (sia pure in misura ancora inadeguata, come detto) tale irreversibile situazione di fatto (ma fondata, comunque, su una scelta giuridicamente rilevante), a tutto vantaggio del minore medesimo.

In definitiva anche sotto tale profilo l'appello va accolto, sicché deve darsi corso all'adozione in parola.

7. In ultimo, e come richiesto, deve provvedersi sul cognome del minore.

L'art. 55 l. 184\1983 rinvia all'art. 299 c.c., alla stregua del quale l'adottato assume il cognome dell'adottante e l'antepone al proprio.

Nella specie però l'appellante chiede che il minore posponga il proprio cognome a quello materno, che attualmente porta, in quanto il minore è già scolarizzato, e quindi è individuato come y.

La Corte, tenuto conto della funzione identitaria del cognome — cfr al riguardo l'art. 262 c.c. — reputa che la disposizione dell'art. 299 c.c. non sia inderogabile, in quanto — a fronte di obiettive ragioni — il cognome dell'adottante ben possa essere posposto a quello dell'adottato.

Nella specie le argomentazioni sopra riportate della stessa adottante (evidentemente in accordo con la madre biologica, pur se l'attestato di unione civile non indica l'eventuale scelta di un cognome comune, ex l. 76\16, art. 1, comma 10) sono convincenti, tenuto poi conto della stessa posizione del bambino (si è detto che egli si firma y x).

In termini — pur se in forza di una diretta applicazione dell'art. 262 c.c. — Trib. Torino 21 maggio 2018 cit.

Ne segue che al minore va attribuito il cognome richiesto.

Deve procedersi alle annotazioni di legge.

Nulla sulle spese, attesa la posizione della y.

P.Q.M.

La Corte, in integrale riforma della sentenza del Tribunale per i minorenni di Napoli n. 46\18, dispone l'adozione, ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d) l. 184\1983, del minore Z y, nato l'www 2011 a www (NA), da parte di X x nata a Www il www1973; dispone altresì che il minore assuma il cognome y x.

Si trasmetta per le annotazioni di legge all'Ufficiale di Stato civile dell'anzidetto Comune.

Così deciso in Napoli in camera di consiglio il 15 giugno 2018

L'estensore

Il Presidente

Tribunale di Bologna

Decreto del 6 luglio 2018

FECONDAZIONE ETEROLOGA – STATUS FILIATIONIS – REGOLA DEL CONSENSO – COPPIA DI GENITORI DELLO STESSO SESSO – APPLICABILITÀ

Nell'ipotesi di nascita in seguito a fecondazione eterologa realizzata all'estero da parte di una coppia dello stesso sesso che abbia espresso un consenso equivalente a quello previsto dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004, debbono applicarsi le disposizioni fondamentali e generali in tema di genitorialità da p.m.a. contenute negli artt. 6, 8, 9 legge cit., che disciplinano lo status del minore nato da p.m.a. eterologa, stabilendo che il medesimo è figlio della coppia che ha espresso il relativo consenso, le quali ben possono operare anche con riferimento alle coppie omosessuali, che abbiano fatto ricorso a pratiche di p.m.a. all'estero.

r.g. vol. n. 1087/2018

TRIBUNALE DI BOLOGNA
Sezione Volontaria Giurisdizione

Il Tribunale, riunito in Camera di Consiglio e composto dai magistrati:
dott.ssa Matilde BETTI
dott. Bruno PERLA
dott.ssa Silvia MIGLIORI
emette il seguente

Presidente
Giudice
Giudice rel.

Decreto

1. All'esito di un percorso di procreazione medicalmente assistita intrapreso in Danimarca dalla coppia formata da A. AA. e B. BB., il 29 ottobre 2017 la prima ha partorito una bambina nell'Ospedale Sant'Orsola di Bologna.

Il 6 novembre 2017 le signore AA. e BB. hanno chiesto al Comune di M. (BO) che venga formato l'atto di nascita attribuendo alla neonata il nome di X. e il doppio cognome AA. BB., nonchè indicando le istanti come genitori (cfr. doc. 1).

Con provvedimento protocollato al n. 21782 e datato 8 novembre 2017 il Dirigente dell'Area Prima dell'Ente Territoriale adito ha ritenuto non accoglibili le istanze avanzate, rilevando che:

- la disciplina vigente in materia di doppio cognome attualmente vigente consente all'Ufficiale dello Stato Civile di accogliere la richiesta soltanto se proposta di comune accordo dal padre e dalla madre;
- allo stato del diritto positivo *"pare che non sussista alcuna norma"* che consenta di indicare nell'atto di nascita, oltre alla madre, un altro genitore che non sia il padre, ma *"anzi l'intero sistema normativo, vuoi perchè definisca esplicitamente l'altro genitore (oltre alla madre <puerpera>) quale padre, vuoi perchè lo presupponga implicitamente, pare precludere"* tale possibilità.

A. AA. e B. BB. hanno presentato ricorso, domandando sia dichiarato illegittimo e sia annullato il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di M. (BO) di ricevere la dichiarazione di riconoscimento congiunto della minore X. AA. presentata dalle ricorrenti il 6 novembre 2017, nonchè che, per l'effetto, sia ordinata la rettificazione dell'atto di nascita della minore mediante l'aggiunta dell'indicazione del secondo genitore B. BB. e del cognome "BB." di seguito al cognome "AA."

2. La prima domanda, relativa alla dichiarazione di illegittimità e all'annullamento del rifiuto del Comune di M. (BO) di ricevere la dichiarazione di riconoscimento comune della minore X. AA., è fondata.
- 2Aa. La materia della procreazione medicalmente assistita è regolamentata dalla L. 40 del 19 febbraio 2004.

Tale testo normativo si fondava, secondo l'intenzione del legislatore, sul presupposto della necessaria esistenza di un legame genetico, tanto da introdurre, nel terzo comma dell'art. 4, un divieto assoluto di fecondazione eterologa.

Pertanto, la materia *de qua* è stata radicalmente modificata grazie agli interventi della Consulta e in particolare con la nota sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale -in relazione agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.- degli artt. 4, comma 3, L. 40/04, nella parte in cui stabilisce per la coppia il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente al richiamo al divieto di cui all'art. 4, comma 3, e dell'articolo 12, comma 1.

La pronuncia in esame, nell'esaminare una questione sollevata dall'interveniente Presidenza del Consiglio dei Ministri afferente lo stato giuridico del nato, ha sottolineato che l'ampio riferimento ai *"nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"* contenuto nell'art. 8, primo comma, della legge 40/04 e l'essere la PMA di tipo eterologo una *"species"* del *"genus"*, rendono *"chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»"*, aggiungendo che il legislatore ordinario, con la modifica dell'art. 231 c.c., si è mostrato consapevole *"della nuova concezione della paternità"*.

Nel sistema normativo che regola la procreazione medicalmente assistita riveste un ruolo fondamentale l'art. 8 della L. 40 del 2004.

Tale disposizione, equiparando lo stato giuridico dei figli nati da p.m.a. a quello dei figli nati dal matrimonio o di figli riconosciuti della *"coppia"* che abbia manifestato la volontà di ricorrere alle predette tecniche ai sensi dell'art. 6, prevede -per i casi di filiazione con ricorso alla procreazione medicalmente assistita sia omologa che eterologa- un criterio di attribuzione dello *"status"* di figlio totalmente indipendente dal dato genetico e basato sul consenso prestato da entrambi i genitori al momento del ricorso delle tecniche in parola.

Come si evince univocamente dal tenore letterale del quinto comma dell'art. 6 (che prevede l'obbligo di esplicitare con chiarezza e mediante sottoscrizione ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, *"le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge"*) siffatto consenso costituisce una vera e propria assunzione di responsabilità genitoriale, in seguito alla quale si instaura lo stato di figlio.

La previsione dell'art. 8 della L. 40/04 -unitamente agli artt. 6 e 9 della medesima legge- dà attuazione, nel migliore interesse del minore, al principio della responsabilità procreativa, che nel caso delle p.m.a. assume un rilievo del tutto peculiare.

Invero, in caso di procreazione medicalmente assistita il rapporto di filiazione si fonda sul consenso, che è l'elemento assolutamente prevalente, rispetto sia al dato genetico-biologico, che a quello gestazionale.

Inoltre, l'irrevocabilità del consenso a partire dalla fecondazione dell'ovulo, comporta che lo stato di figlio sorga anticipatamente, come emerge chiaramente dalle disposizioni contenute nell'art. 9 della legge in esame.

Il primo comma di quest'ultima norma, infatti, in caso di ricorso alla fecondazione eterologa, vieta al coniuge o al convivente che abbia espresso il proprio consenso la facoltà di promuovere l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, nè l'impugnazione di cui all'art. 263 dello stesso codice.

Il secondo comma non consente alla madre del nato di dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

Infine, l'ultimo capoverso esclude che il donatore di gameti possa acquisire alcuna relazione giuridica parentale con il nato e possa far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Numerose pronunce sia di legittimità che di merito hanno recepito l'importanza assunta nel nostro ordinamento dal concetto di responsabilità genitoriale che si fonda sulla consapevole decisione di allevarlo e accudirlo, nel progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico (cfr. ordinanza della Corte d'Appello di Trento del 23 febbraio 2017; decreto del Tribunale di Livorno, Sezione Volontaria Giurisdizione, del 12 dicembre 2017).

In particolare, la Sesta Sezione Penale della Suprema Corte, nella motivazione della sentenza n. 48696 del 17 novembre 2016 (c.c. 11 ottobre 2016) -in cui ha escluso che integri il reato di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, comma secondo, cod. pen., la trascrizione in Italia di un atto di nascita legittimamente formato all'estero, sul presupposto che non si può considerare ideologicamente falso il certificato conforme alla legislazione del paese di nascita del minore, neppure nel caso in cui la procreazione sia avvenuta con modalità non consentite in Italia- ha sottolineato che nell'attuale contesto legislativo *"il concetto di discendenza non ha, dunque, riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione*

giuridico sociale, dal momento che, oltre al legame biologico fra genitori e figlio, viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) secondo la disciplina fissata dalla citata L. n. 40, come modificata dal Giudice costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014. Il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale”.

Si può dunque concludere che nel nostro ordinamento -accanto alla genitorialità naturale e adottiva da adozione piena (ai sensi della L. 184/83)- è riconosciuta quella da procreazione medicalmente assistita, che può prescindere del tutto dal legame genetico tra figlio e genitore, essendo possibile che sia il gamete maschile che l’ovulo femminile siano estranei alla coppia richiedente. In questo caso, la verità su cui si basa la genitorialità non è quella biologica, ma quella data da consapevole consenso della coppia richiedente di assumere consapevolmente tale ruolo.

2Ab. Ai fini della costituzione dello *status filiationis* per effetto del consenso prestato ai sensi dell’art. 8 della L. 40/2004 è irrilevante che si versi in un caso di p.m.a. omologa o eterologa.

Inoltre è irrilevante che si sia fatto ricorso a tecniche di procreazione medica assistita non previste o non consentite dal nostro ordinamento.

La sentenza della Consulta n. 162 del 2014, infatti, ha riconosciuto che il legislatore, nella consapevolezza della legittimità della p.m.a. di tipo eterologo in molti Paesi europei, ne ha “opportunamente” regolamentato gli effetti nell’art. 9, primo e terzo comma, “allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato”, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in tali Stati “per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi”.

In altri termini, dunque, la circostanza che la coppia abbia fatto ricorso all’estero a p.m.a. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone nel preminente interesse del nato, l’applicazione di tutte le disposizioni che disciplinano lo stato del figlio nato all’esito di tale percorso.

Tale principio è stato affermato con chiarezza dalla Corte EDU nelle due sentenze “gemelle” *Menesson c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e *Labassee c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11).

I ricorsi erano stati proposti da due coppie di coniugi a cui era stato negato il riconoscimento del rapporto di filiazione rispetto a figli nati negli Stati Uniti d’America, sebbene in California e Minnesota fossero stati emanati due provvedimenti che avevano accertato, in quegli ordinamenti, la qualità giuridica di genitori delle coppie committenti, sul presupposto che l’ordinamento francese vieta il ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità. La Corte di Cassazione transalpina, investita dei reclami delle coppie avverso il rifiuto delle autorità amministrative di iscrivere i certificati di nascita nel registro dedicato, aveva rigettato i gravami argomentando che la registrazione dei rapporti di filiazione sarebbe equivalso a dare esecuzione a contratti nulli, vietati nel sistema francese per ragioni di ordine pubblico. Aveva altresì osservato che tale decisione non avrebbe costituito violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare poiché non avrebbe impedito ai bambini di vivere comunque con i genitori.

La Corte EDU è partita dall’assunto che fra i ricorrenti e i nati si era instaurato un legame di vita che, ai sensi dell’art. 8 della Convenzione, poteva essere qualificato come familiare. Ha altresì rilevato che l’ingerenza nel diritto dei coniugi al rispetto della loro vita privata e familiare risultante dal rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione era stato “in conformità con la legge” ai sensi dell’articolo 8 e aveva perseguito due scopi legittimi: la “tutela della salute” e la “tutela dei diritti e delle libertà altrui”. Pur avendo sottolineato la necessità di lasciare agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel prendere decisioni su questioni eticamente sensibili, quali la maternità surrogata, ha tuttavia osservato che tale margine di discrezionalità non può che essere notevolmente ristretto allorché sia in gioco un legame di parentela che coinvolge un aspetto fondamentale dell’identità degli individui. Ha altresì rilevato che il mancato riconoscimento della rapporto di filiazione avrebbe inevitabilmente influenzerebbe la vita familiare dei minori, i cui interessi devono sempre essere considerati come preminenti, in quanto, pur avendo le autorità francesi garantito la possibilità di instaurare una condizione di vita familiare equiparabile a quella di altre famiglie, i nati si sarebbero trovati in uno stato di incertezza giuridica che ne avrebbe minato l’identità all’interno della società francese (difficoltà nell’ottenimento della cittadinanza, profili relativi alle possibilità ereditarie...). Pertanto, ha concluso che la Francia ha oltrepassato il margine consentito di apprezzamento e ha violato il citato articolo 8, atteso che gli effetti del rifiuto a riconoscere il legame di parentela si estendevano non solo alle coppie che avevano fatto ricorso alle tecniche di maternità surrogata, ma anche ai loro figli, dei quali era impedito il riconoscimento e nei cui confronti era esclusa l’instaurazione di rapporti giuridici con il loro padre biologico.

Nello stesso senso si è sempre espressa anche la Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, nella quale ha sottolineato la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di p.m.a. e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso.

Del resto, anche la menzionata pronuncia n. 162 del 2014, nel solco di un'interpretazione pacifica e consolidata, ha reputato gli artt. 8 e 9, commi primo e terzo, della legge 40/04 applicabile anche in caso di tecniche di p.m.a. praticate all'estero e non consentite dalle leggi italiane.

Da ultimo, è opportuno richiamare in questo senso anche la sentenza n. 494 del 2002 della Corte Costituzionale.

In questa decisione la Consulta -nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 278, primo comma, c.c., che escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità nei casi in cui era vietato il riconoscimento dei figli incestuosi, ha affermato che l'imposizione di *"una capitis deminutio perpetua e irrimediabile"* ai figli (in quel caso incestuosi) come conseguenza oggettiva di condotte di terze persone costituirebbe *"una evidente violazione del diritto a uno status filiationis riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali"*.

Nel medesimo senso si è esplicitamente espressa anche la Suprema Corte nella fondamentale sentenza n. 19.599 del 30 settembre 2016 (sulla quale ci si soffermerà ampiamente in seguito), che ha escluso che *"un atto di nascita straniero (valido, nella specie sulla base di una legge in vigore in un altro paese della UE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere una donato l'ovulo e l'altra partorito) non contrasta di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate"*.

In particolare, la Corte di Cassazione ha giudicato *"decisivo"* il rilievo che *"le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 -imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso a una pratica fecondativa illegale in Italia- non possono ricadere su chi è nato"* e ha sottolineato che di ciò si è mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, all'art. 9, comma 1, ha previsto che in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, nè impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità.

Nello stesso senso il Supremo Collegio si è successivamente espresso con la pronuncia n. 14.78 del 15 giugno 2017.

- 2B.** Come si è già avuto modo di sottolineare, l'art. 8 della L. 40/2004 dispone che *"i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6"*.

Deve ritenersi ormai pacifico che nel nostro ordinamento rientrano nella nozione di *"coppia"*, da intendersi come una formazione sociale protetta ai sensi dell'art. 2 Cost., rientrano anche le unioni omosessuali.

Nella sentenza n. 138 del 23 marzo 2010 la Consulta, pur escludendo che le unioni omosessuali possano essere ritenute omogenee al matrimonio, ha chiarito che *"per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"*.

Tale indirizzo è stato ribadito con le ordinanze n. 276/10 del 7 luglio 2010 e n. 4/10 del 15 dicembre 2009 e con la sentenza n. 170/2014 del 10 giugno 2014. In particolare, quest'ultima pronuncia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 e, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Nello stesso senso depone la già citata L. n. 76/2016, che -in conseguenza della sentenza da ultimo menzionata della Suprema Corte- accanto all'unione civile tra persone dello stesso sesso disciplina le convivenze di fatto di *"due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio da un'unione civile"*.

Del resto, anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo esclude la legittimità di ogni discriminazione tra le coppie fondate sull'orientamento sessuale delle medesime.

In particolare, nella sentenza *"X c. Austria"* del 19 febbraio 2013 la Corte EDU la Corte -decidendo un ricorso proposto da persone che si sono dichiarate vittime di una discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali per il fatto che nel diritto austriaco è giuridicamente impossibile l'adozione coparentale

da parte di una coppia omosessuale- ha ritenuto sussistente la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 in caso di trattamenti differenziati tra coppie eterosessuali e omosessuali non coniugate.

La decisione in oggetto sottolinea che la Corte ha più volte evidenziato che rientra nella nozione di *"vita familiare"* la relazione esistente tra una coppia omosessuale che convive di fatto in maniera stabile così come quella di una coppia eterosessuale che si trova nella stessa situazione (sentenza Schalk e Kopf contro Austria, n. 3014/04).

Osserva altresì che *"questo modo di procedere sembra anche più conforme all'interesse superiore del minore, principio fondamentale degli strumenti internazionali in materia"*, e in primo luogo dall' art. 3 della Convenzione dei Diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 e in vigore dal 2 settembre 1990, che sancisce che *"l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"*.

In base ai principi dettati dalla citata sentenza della Corte EDU, dunque, non può che concludersi che un'interpretazione che ritenesse l'art. 8 L. 40/2004 come riferito esclusivamente a coppie eterosessuali comporterebbe un'a violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretati nella pronuncia *"X contro Austria"*.

Ciò tanto più se si considera che fin dalla sua originaria formulazione la legge sulla procreazione medica assistita conteneva disposizioni univocamente (tra cui in primo luogo l'art. 9, comma 1 e 3) dettate nell'interesse preminente non della coppia, bensì del minore. Tale interesse sarebbe irreparabilmente leso -e sarebbe integrata un'ingiustificata discriminazione tra minori- qualora non si consentisse ai nati da coppie omosessuali (tanto meramente conviventi, quanto unite civilmente) in seguito a p.m.a. di assumere lo stato di figli riconosciuti, a differenza di quelli nati con ricorso alle stesse tecniche da coppie eterosessuali.

Tale conclusione appare avvalorata anche dal comma 20 dell'art. 1 della L. Cirinnà. Questa disposizione, sancendo che l'applicabilità alle unioni civili di tutte le disposizioni riferibili al matrimonio e ai coniugi ovunque ricorrano al di fuori del codice civile con la sola eccezione della legge sulle adozioni, implica che la normativa in materia di procreazione medicalmente assistita si riferisce anche alle coppie dello stesso sesso.

La giurisprudenza di merito e di legittimità maggioritarie ritengono che l'omogenitorialità non sia esclusa dal nostro ordinamento.

In particolare, in una recente sentenza (n. 19599 del 30 settembre 2016) la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha stabilito che può essere riconosciuto e trascritto nel registro dello stato civile in Italia un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto

La Corte ha espressamente enucleato vari principi di diritto:

– nel nostro ordinamento non esiste, a livello costituzionale, *"un divieto per le coppie dello stesso sesso, di accogliere e anche di generare figli"*.

Infatti, come sottolineato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 162/14 e 138/10, il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra i coniugi e i figli: tra le diverse relazioni di coppia identico il contenuto dei doveri e dei diritti, l'unione tra persone dello stesso sesso costituisce una formazione sociale al cui interno la persona svolge la sua personalità, la scelta dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce *"espressione della generale volontà di autodeterminarsi"*.

Di conseguenza, l'elemento di discriminazione costituito dalla diversità di sesso tra i genitori, proprio dell'istituto matrimoniale, non può giustificare una condizione peggiore per i figli;

– la Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 601/13, ha sottolineato che non vi sono *"certezze scientifiche, dati di esperienza o indicazioni di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio"*;

– del resto, il riconoscimento dell'idoneità da parte delle coppie dello stesso sesso di accogliere ed accudire figli è confermato dalla possibilità di adozione prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d) della legge 184/83 (Cass. 12962/12);

– in realtà la famiglia *"è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori"*.

La Suprema Corte con la sentenza n. 14878/17 del 15 giugno 2017 ha ribadito i predetti principi, ritenendo che debba essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero anche nel caso in cui una sola sia la madre biologica

(genetica e gestante) e l'altra sia la madre intenzionale, priva di qualsiasi collegamento biologico con il figlio.

- 2C. Con la legge n. 76 del 2016, che disciplina l'unione civile convivenze di fatto, il legislatore ha definitivamente optato per una pluralità di modelli familiari: famiglia coniugale, famiglia unita civilmente, unioni di fatto.

Il riconoscimento della natura familiare delle coppie omosessuali si desume dal tenore letterale del comma 36, che recita: *"Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per <<conviventi di fatto>>, due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile"*.

L'assenza di ogni distinzione tra convivenze tra persone di diverso o dello stesso sesso rende evidente che il termine *"coppia"* non possa essere riferito soltanto alle prime.

Si può quindi concludere che la legge Cirinnà e la riforma della disciplina della filiazione (legge n. 219 del 10 dicembre 2012 e D.Lgs. n. 174/2013) hanno radicalmente modificato il regime della filiazione e della relazione di coppia, passando da una pluralità di *status filiationis* (legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile) e da un unico modello legale della relazione di coppia (il matrimonio) a un solo stato di figlio e a una pluralità di relazioni di coppia (il matrimonio, l'unione civile, diverse forme di convivenza).

- 2D. La legislazione vigente e la ormai costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione conferiscono un ruolo di assoluta centralità al concreto interesse nel minore, che il giudice è tenuto a considerare preminente in tutte le decisioni che riguardano il medesimo.

Oltre al già menzionato art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, contengono un espresso riferimento al *"superiore"* e *"preminente"* interesse del minore l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con la legge 20 marzo 2003, n. 77, l'art. 4 della Convenzione Europea sull'adozione dei minori, entrata in vigore il 1° settembre 2011 e non ancora ratificata dall'Italia, e l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Quest'ultima norma, in particolare prevede che *"in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente"*.

La Corte di Cassazione e la Consulta hanno inoltre chiarito che il tenore letterale delle disposizioni sopra menzionate, che non contiene limitazioni o riferimenti a specifiche categorie di atti relativi ai minori, impone di concludere debbono reputarsi vincolate al preminente e superiore interesse degli stessi non solo le decisioni afferenti la valutazione della capacità e della responsabilità genitoriale, ma anche quelle inerenti al riconoscimento e dell'accertamento dello stato di figlio.

Sul punto, oltre alle già citate pronunce n. 1599/16 e n. 14878/17 della Suprema Corte, appare opportuno richiamare la sentenza n. 31/2012 della Corte Costituzionale.

In quest'ultima decisione è sottolineato che *"l'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione"* è *"complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno"*. È altresì puntualizzato che sia nella normativa internazionale che nell'ordinamento giuridico italiano, quanto meno dalla riforma del diritto di famiglia realizzata con la legge n. 151 del maggio 1975, *"l'interesse morale e materiale del minore ha assunto carattere di piena centralità"* e l'ordinamento si è dotato di forme sempre più incisive dello stesso.

Nel delineato quadro normativo e giurisprudenziale non sembra potere essere giudicato decisivo il fatto che l'art. 250 c.c. preveda che il figlio nato fuori dal matrimonio possa essere riconosciuto dalla madre e dal padre nei modi previsti dall'articolo 254, nè che l'art. 269 c.c. contempli la dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità.

Infatti, le norme in esame risalgono a oltre settant'anni fa e la successiva normativa nazionale e dell'Unione Europea ha prodotto nella disciplina della filiazione i profondissimi cambiamenti sopra descritti. In tale quadro normativo profondamente mutato debbono essere interpretati, secondo una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata, gli articoli 250 e 269 c.c..

Pertanto, la circostanza che vi siano due madri dello stesso sesso non impedisce che ciascuna di esse possa essere individuata quale *"madre"* e la relazione di entrambe con il bambino come *"maternità"*. In realtà, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la congiunzione *"e"* posta tra le parole *"padre"* e *"madre"* deve essere intesa come diretta a indicare i soggetti legittimati a rendere la dichiarazione di riconoscimento, senza alcuna esclusione della possibilità che la suddetta dichiarazione possa essere resa da due madri.

- 2E. Deve altresì escludersi la legittimità della discriminazione del minore dovuta alle modalità della nascita.

In questo senso depongono univocamente sia l'attuale disciplina della filiazione, che ha introdotto il principio dell'unicità dello stato di figlio, sia l'art. 8 della L. 40 del 2004 (peraltro modificato proprio in sede di riforma della disciplina della filiazione), che esclude ogni disparità di trattamento tra i nati in seguito a filiazione spontanea e quelli nati grazie al ricorso alla procreazione medicalmente assistita anche in caso in cui la tecnica utilizzata non sia prevista dall'ordinamento giuridico italiano.

Del pari, di deve ritenere che sia totalmente irrilevante il luogo della nascita del bambino,

Come si è visto, infatti, la Corte di Cassazione, nelle menzionate sentenze n. 19.599/16 e 14.878/17, ha riconosciuto la trascrivibilità dei certificati di nascita esteri recanti l'indicazione di due madri escludendo ogni contrasto della normativa straniera con i principi fondamentali della nostra Costituzione.

Pertanto, qualora si escludesse l'applicabilità dell'art. 8 L. 40 del 2004 ai nati in Italia, questi ultimi sarebbero irragionevolmente discriminati rispetto ai figli delle coppie che si recassero all'estero solo per il parto, atteso che il luogo di nascita determinerebbe lo *status* del bambino in presenza del medesimo progetto genitoriale e di un'identica assunzione di responsabilità.

- 2F. Da ultimo si deve sottolineare che l'art. 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo sancisce solennemente il principio di uguaglianza tra minori *"a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza"*.

Inoltre, ai sensi dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nell'elencare i diritti dei minori, specifica che *"ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse"*.

La bigenitorialità, dunque, è un vero e proprio diritto del nato e può essere esclusa solo se sia nel caso concreto contraria all'interesse dello stesso, che è in ogni caso preminente.

- 2G. Da ultimo, è necessario soffermarsi sulla possibilità di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un nato due persone dello stesso sesso.

Sul punto va premesso che non pare potersi attribuire soverchio rilievo all'inciso contenuto nella più volte citata sentenza n. 19.599/16 della Corte di Cassazione, secondo cui la legge italiana non consentirebbe di formare un atto di nascita recante l'indicazione di due madri.

Invero, si tratta di un accenno privo di motivazione e specificazioni, avulso dalla specifica questione trattata.

In realtà, gli artt. 29 e 30 del D.P.R. 396 del 2000 contengono esclusivamente riferimenti rispettivamente alle generalità, alla cittadinanza e alla residenza dei *"genitori"* e alla necessità che la dichiarazione di nascita sia resa da uno dei genitori. Pertanto, le predette disposizioni sembrano applicabili anche a genitori dello stesso sesso.

Inoltre, la soluzione propugnata appare l'unica possibile in una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disciplina in materia di filiazione, che si fonda sulla necessità di comporre ogni conflitto nel rispetto del preminente e superiore interesse del minore e sul divieto assoluto di ogni discriminazione.

Va in particolare sottolineato che la discriminazione tra nati a seguito di ricorso a p.m.a. tra genitori dello stesso e di diverso sesso con riguardo al loro *status* e alla loro protezione non è risolta consentendo l'accesso all'adozione omoparentale ai sensi dell'art. 44, lett. b), della legge n. 184/1983. Da un lato, infatti, si tratta di un'adozione non piena. Dall'altro lato, e soprattutto, la tutela del minore è prodotta in forza della scelta del genitore sociale di proporre l'istanza (scelta che potrebbe non avvenire ad esempio a causa della rottura della relazione di coppia o di decesso) e di un provvedimento giurisdizionale (e non *ab origine*, dalla nascita o dalla prestazione del consenso).

Come si è già sottolineato, poi, la riferibilità del termine *"coppia"* anche alle relazioni tra persone dello stesso sesso non può essere revocata in dubbio in virtù di tutte le considerazioni sopra svolte e alla luce della sentenza n. 162/14 della Corte Costituzionale. Quest'ultima pronuncia, infatti, non si è limitata a dichiarare costituzionalmente illegittimo il divieto di fare ricorso alla p.m.a. di tipo eterologo, ma ha chiarito che le disposizioni di cui agli artt. 8 e 9 della legge n. 40 sono dettate nell'interesse del minore e anche in relazione a fattispecie di ricorso a tecniche di p.m.a. non consentita in Italia.

Da ultimo, giova ripetere che l'omogenitorialità non è ignorata nel nostro ordinamento e pertanto il diniego della possibilità di formare un atto di nascita contenente l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, si risolverebbe in un'ingiustificabile violazione del principio di uguaglianza tra minori, fondato su una scelta dei genitori.

La legge n. 76/2016, infatti, prevede, nell'art. 1, comma 19, che all'unione civile si applichi, tra gli altri, l'art. 146 c.c., il quale a sua volta rinvia, al terzo comma, all'art. 147, consentendo al giudice di intervenire in caso di mancato adempimento dei doveri verso i figli. Inoltre, il comma 25 che -nel rinviare alla legge n. 898/70 sullo scioglimento del matrimonio e al D.L. n. 132/2014, conv. con l. 162/14 in relazione alla disciplina dello scioglimento dell'unione civile- espressamente include tra le disposizioni richiamate alcune che contemplano l'esistenza di figli comuni.

Infine, va sottolineato che la legge n. 4/2018, nell'introdurre speciali tutele a favore degli orfani di crimini domestici, contempla anche il caso dell'omicidio del genitore commesso *"dall'altra parte dell'unione civile"*, così riconoscendo l'esistenza di unioni civili caratterizzate dalla presenza di figli.

2H. In forza del quadro normativo e giurisprudenziale sopra delineato, con riferimento alla fattispecie concreta in esame, si deve concludere che:

- dopo l'entrata in vigore della L. 76 del 2016 lo *status filiationis* è unico, indipendentemente dalla forma giuridica del rapporto tra i genitori;
- esso può fondarsi tanto su una relazione genetica, quanto su una legale, in seguito al ricorso a pratiche di procreazione medica assistita;
- in quest'ultimo caso lo stato di figlio si fonda sul consenso espresso ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004;
- in qualunque decisione relativa a minori l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente;
- ai sensi dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea *"ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse"*;
- secondo una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la normativa nazionale non è ostativa alla possibilità di formare un atto di nascita recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso.

Sulla base di queste premesse si passare alla disamina del caso concreto.

La piccola X. AA. è nata a Bologna il -- ----- 2017 in seguito a ricorso a procreazione medicalmente assistita in Danimarca da parte della coppia costituita da A. AA. e dalla partner B. BB..

L'inseminazione è stata effettuata presso la "S." di Copenhagen previa prestazione di rituale consenso da parte di entrambe le ricorrenti (cfr. documento n. 6 allegato alla memoria 25 giugno 2018).

A fronte del diniego del Comune di M. di indicare come genitrici della minore entrambe le ricorrenti, la signora AA., madre biologica della bambina, con atto pubblico redatto il 15 gennaio 2018, ha designato tutore della figlia la signora BB..

Nell'atto ha precisato che ella è quest'ultima:

- convivono quantomeno dal 2010,
- hanno deciso di comune accordo di fare nascere e crescere X. considerandola come propria figlia e assumendosene la relativa responsabilità ai sensi del disposto degli artt. 147 e 148 c.c. e impegnandosi a garantirle rapporti significativi con gli ascendenti e parenti di entrambe;
- a ulteriore conferma dell'impegno assunto nella costruzione di un solido nucleo familiare per la bambina, si sono unite civilmente a R. il 10 giugno 2017.

I sopra menzionati assunti sono stati confermati dalla documentazione prodotta a integrazione del ricorso, dalla quale emerge inequivocabilmente che le ricorrenti convivono almeno dal 16 aprile 2014 e che dopo il concepimento di X. si sono unite civilmente a R. il 10 giugno 2017.

Orbene, non può dubitarsi che il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di M. di ricevere la dichiarazione congiunta di riconoscimento presentato da A. AA. e da B. BB. sia illegittimo.

Invero, tale riconoscimento risponde al preminente interesse di X. e al suo diritto a non essere discriminata rispetto a una minore nata in seguito al ricorso a tecniche di p.m.a. da parte di una coppia eterosessuale.

Ella infatti è venuta al mondo in seguito a un progetto concepito e perseguito concordemente dalla coppia costituita da queste ultime e vive con loro nella casa familiare fin dalla nascita. In particolare, l'effettività e la solidità dell'unione tra le ricorrenti e il fatto che entrambe costituiscono un imprescindibile riferimento affettivo per la bambina è confermata dalla decisione della madre biologica di designare la madre intenzionale tutrice della stessa.

Ne discende che negare a X. il diritto al riconoscimento da parte di entrambe le madri violerebbe il suo diritto a una piena bigenitorialità (non solo di fatto, ma anche di diritto) in base al sesso e all'orientamento sessuale delle sue genitrici.

In forza delle sopra esposte argomentazioni, va dichiarato illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di M. di indicare B. BB. come secondo genitore della minore X. AA..

3. Deve essere conseguentemente accolta la richiesta di attribuzione alla bambina di doppio cognome.

Infatti, la Corte Costituzionale, con la sentenza novembre 2016, n. 286 ha dichiarato costituzionalmente illegittima -per violazione degli artt. 2, 3 e 29 Cost.- la norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., 72, primo comma, del R.D. n. 1238 del 1939, 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

A giudizio della Consulta, la norma censurata, impedendo alla madre di attribuire al figlio, sin dalla nascita, il proprio cognome, e al figlio di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno, pregiudica il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisce un'irragio-

nevole disparità di trattamento fra i coniugi, in nessun modo giustificata dalla finalità di salvaguardia dell'unità familiare.

Invero, la piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale -che ha copertura costituzionale assoluta e che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro- e il riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale impongono l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo a un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost..

Alla luce delle sopra esposte considerazioni va dichiarato illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di M. di attribuire a X. AA., in aggiunta al cognome "AA.", anche quello "BB." e per l'effetto deve essere ordinata la rettificazione dell'atto di nascita.

P. Q. M.

in accoglimento del ricorso proposto da A. AA. e da B. BB. avverso il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile del Comune di M. (BO) di indicare entrambe come genitrici di X. AA., nata a Bologna il -- ----- 2017 di attribuire alla minore il doppio cognome "AA. BB.";

dato atto altresì della concorde richiesta in tal senso dei genitori,

1. **dispone** la rettificazione dell'atto di nascita di X. AA., mediante l'aggiunta dell'indicazione del secondo genitore, B. BB., e l'inserimento del cognome "BB." dopo quello "AA.";
2. **ordina** l'annotazione di questo decreto a margine dell'atto di Stato Civile del Comune di M. (BO).

Così deciso in Bologna, il 3 luglio 2018

Il Giudice relatore
dr.ssa Silvia Migliori

Il Presidente
dr.ssa Matilde Betti

Tribunale di Pistoia

Decreto del 5 luglio 2018

FECONDAZIONE ETEROLOGA – STATUS FILIATIONIS – REGOLA DEL CONSENSO – COPPIA DI GENITORI DELLO STESSO SESSO – APPLICABILITÀ

Nell'ipotesi di nascita in seguito a fecondazione eterologa realizzata all'estero da parte di una coppia dello stesso sesso che abbia espresso un consenso equivalente a quello previsto dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004, debbono applicarsi le disposizioni fondamentali e generali in tema di genitorialità da p.m.a. contenute negli artt. 6, 8, 9 legge cit., che disciplinano lo status del minore nato da p.m.a. eterologa, stabilendo che il medesimo è figlio della coppia che ha espresso il relativo consenso, le quali ben possono operare anche con riferimento alle coppie omosessuali, che abbiano fatto ricorso a pratiche di p.m.a. all'estero.

Tribunale di Pistoia

Il Tribunale, riunito in Camera di Consiglio, composto dai seguenti magistrati:

Dott. Fabrizio Amato Presidente

Dott.ssa Laura Maione Giudice relatore

Dott.ssa Giulia Gargiulo Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Visto il ricorso presentato in data 12.3.2018 da AAA e da BBB, la prima anche quale esercente la responsabilità genitoriale su CCC, con cui hanno domandato di dichiarare l'illegittimità del rifiuto reso il 27.11.2017 dal Sindaco del Comune di DDD alla dichiarazione di riconoscimento del figlio minore da parte di BBB e per l'effetto di rettificare/sostituire o cancellare l'atto indebitamente registrato, ordinando all'Ufficiale dello Stato Civile di formare un nuovo atto di nascita con l'indicazione dell'avvenuta nascita a EEE in data2017 di CCC dai genitori AAA e BBB, modificando il cognome del figlio in AA BB;

letti i pareri del Giudice Tutelare e del Pubblico Ministero presso la Procura della Repubblica di Pistoia, rispettivamente del 5.5.2018 e del 18.6.2018;

vista la documentazione prodotta e sentiti i procuratori delle ricorrenti all'udienza del 29.5.2018;

OSSERVA

1. Le ricorrenti hanno proposto ricorso ai sensi dell'art. 95, comma I, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 avverso il rifiuto del Sindaco del Comune di DDD di ricevere la dichiarazione di riconoscimento del figlio CCC da parte di BBB in quanto nato a seguito del ricorso in Spagna, da parte delle due donne, alla Procreazione Medicalmente Assistita (di seguito PMA) di tipo eterologo.

Le ricorrenti hanno dato atto di avere una stabile relazione sentimentale sin dal giugno 2012, convivendo dal 13.2.2013 nel Comune di DDD, e di essersi unite civilmente presso il Comune di FFF in data 8.10.2016.

A tale programma di vita comune è conseguita la scelta di attuare un progetto di genitorialità condiviso mediante il ricorso alla PMA, cui si è sottoposta AAA dando alla luce il 18.11.2017 il piccolo CCC presso l'ospedale di EEE.

In data 27.11.2017 le donne hanno dichiarato la nascita presso il proprio Comune di residenza e il Sindaco ha reso il rifiuto "di ricevere la dichiarazione congiunta fatta dalla Signora AAA nata a (FI) il e dalla signora BBB nata a il di riconoscimento da parte di entrambe del minore nato a EEE il/2017 a cui danno il nome di CCC e partorito dalla signora AAA in quanto: - il titolo VII del Libro primo del

codice civile non rientra tra le norme espressamente richiamate nella legge che regola le unioni Civili e non è pertanto discrezionalità di questa Amministrazione derogare a quanto stabilito dalla legge n. 76 del 2016; - il vigente ordinamento dello Stato Civile non prevede tale possibilità”.

Con l’atto introduttivo le ricorrenti hanno, quindi, opposto il rifiuto del Sindaco, esponendo in modo puntuale i motivi posti a fondamento del ricorso che poggiano su di una esegesi della normativa italiana in tema di PMA in sintonia col principio di tutela del superiore interesse del minore, sicché l’art. 8 della L. 40/2004 dovrebbe trovare applicazione anche con riferimento ai bambini nati in Italia e concepiti con tecniche di PMA eseguite all’estero da una coppia di donne.

2. Di parere contrario il Pubblico Ministero presso la Procura della Repubblica di Pistoia, il quale ha motivato il proprio dissenso in ragione della circostanza che nel nostro ordinamento il rapporto di filiazione non si forma per effetto di una manifestazione volitiva, ma in presenza di un legame biologico o di condizioni speciali di legge.

In particolare il PM ha argomentato sulla finalità della legge sulla PMA che impedirebbe qualsiasi interpretazione contrastante con la volontà del legislatore, sicché l’acquisizione dello *status* di figlio sarebbe strettamente connessa all’osservanza delle norme previste dalla L. 40/2004.

Altrimenti opinando, ha osservato la Procura, si arriverebbe a “*vanificare l’intero impianto normativo, consentendo la legittimazione di quelle condotte e di quelle situazioni di fatto che il legislatore ha vietato*”; legislatore che anche con il più recente intervento normativo (L. 76/2016) ha dimostrato di voler mantenere saldi i principi e le condizioni in materia di acquisizione dello *status filiationis*, escludendo la cosiddetta *stepchild adoption*.

Ancora il PM ha osservato che il consenso espresso dalla coppia omosessuale in occasione del ricorso alla PMA non può costituire valido fondamento del rapporto di filiazione e che i diritti e gli interessi del minore sono in primo luogo tutelati dall’osservanza della legge, non ravvisandosi alcun trattamento discriminatorio per il nato in un panorama giurisprudenziale tutt’altro che certo.

Infine, la Procura ha sottolineato la non rilevanza nel caso di specie della risoluzione della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pisa con riferimento alla quale il Giudice Tutelare presso il Tribunale di Pistoia, in sede di parere, ha domandato la sospensione del presente procedimento.

3. Sotto tale ultimo profilo, si osserva che il Giudice Tutelare nel parere reso ha fatto proprie le motivazioni espresse nell’ordinanza del Tribunale di Pisa del 14.3.2018, il quale ha rimesso al vaglio della Corte Costituzionale una serie di norme che non consentono di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso.

Per tali ragioni ha formulato parere favorevole alla sospensione del presente procedimento in attesa degli esiti del citato giudizio di costituzionalità o alla rimessione alla Corte Costituzionale per analoghi profili; in estremo subordine ha manifestato parere favorevole all’accoglimento dell’opposizione.

4. Nessuno si è costituito per il Sindaco del Comune di DDD quale Ufficiale del Governo e dello Stato Civile.
5. Tanto premesso, il Collegio ritiene di condividere in massima parte le argomentazioni svolte dalle ricorrenti nell’atto introduttivo e nelle note autorizzate depositate il 26.6.2018, reputando fondato il ricorso.
- 5.1. In primo luogo, giova delineare a grandi linee il quadro normativo nazionale di riferimento, rappresentato, oltre che dalla Carta Costituzionale, dalla L. 40/2004 recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, il cui art. 8 disciplina lo stato giuridico del nato prevedendo che “*I nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell’articolo 6*”, nonché dalla L. 76/2016 che ha istituito l’unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione.
- 5.2. L’attuale assetto normativo italiano vieta l’accesso alla PMA da parte di coppie di donne (l’art. 5 L. 40/2004 fa infatti riferimento a coppie di maggiorenni di sesso diverso); tuttavia, nell’ipotesi in cui la coppia omosessuale sia ricorsa a tali tecniche in paesi che lo consentono, è da comprendere quale sia lo *status* giuridico del nato.

Tale indagine deve essere compiuta alla luce del principio primario che regola la materia e che deve guidare ogni decisione giudiziale relativa ai minori, ovvero quello della tutela dell’interesse superiore del bambino, sotto il profilo della sua identità personale e sociale, come desunto non solo dalla nostra Costituzione (cfr. artt. 2, 3, 30 e 31), ma prima ancora dalla Convenzione sui diritti del fanciullo siglata a New York il 20.11.1989 (cfr. art. 3), dalla Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli siglata a Strasburgo il 25.1.1996 (cfr. art. 6), dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea proclamata a Nizza il 7.12.2000 (cfr. art. 24, § 2), nonché dalla copiosa giurisprudenza della Corte EDU (si vedano, ad esempio, le sentenze del 26.6.2014 nei casi *Mennesson* e *Labassee* contro Francia).

La preminenza della tutela degli interessi del minore costituisce, dunque, il primo e fondamentale criterio utile a delibare ogni questione in materia di *status filiationis*, nel cui ambito la valutazione in ordine alla meritevolezza della tutela degli interessi degli adulti ad autodeterminarsi e a generare figli

rimane solo sullo sfondo, poiché non è questo interesse che si mira a preservare, quanto piuttosto quello del minore ad avere una propria identità personale all'interno del nucleo familiare, qualunque sia la sua tipologia di formazione (coppia eterosessuale, coniugata e non, ovvero coppia omosessuale, unita civilmente e non).

Ciò in quanto il diritto alla genitorialità, e ancor più alla bigenitorialità, è un diritto prima di tutto del minore ad instaurare relazioni affettive stabili con entrambi i genitori, sia quando lo stesso sia stato concepito biologicamente che a mezzo delle tecniche mediche di cui alla PMA, posto che anche in tali ultimi casi il figlio è generato in forza di un progetto di vita comune della coppia, etero o omosessuale, volto alla creazione di un nucleo familiare secondo un progetto di genitorialità condiviso.

Il figlio *voluto* dalla coppia omosessuale attraverso il ricorso alla PMA deve trovare, dunque, tutela anche sotto il profilo giuridico, venendo in gioco tutta una serie di interessi che, per la sola ragione di essere amato e cresciuto di fatto dalla coppia di donne, non sono comunque assicurati se non attraverso il formale riconoscimento dell'essere figlio delle due mamme che lo hanno desiderato; riconoscimento che comporta, altresì, l'attribuzione di diritti successori, di diritti patrimoniali quale quello al mantenimento *ex art. 316 bis c.c.* e di tutele che altrimenti sarebbero attribuite in modo incompleto nel caso di riconoscimento della genitorialità in capo alla sola madre partorienti.

- 5.3. Si profila così fondamentale una lettura della L. 40/2004 costituzionalmente orientata – da qui la non condivisibilità della prospettata necessità di sospensione del presente giudizio in attesa della decisione della Corte Costituzionale in ordine alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Pisa, come si dirà oltre –, lettura che, nell'ambito dei principi generali richiamati, consente di ritenere ammissibile il riconoscimento della genitorialità in capo ad entrambe le ricorrenti e, quindi, non soltanto in capo alla madre che ha partorito CCC, ma anche a quella che ha condiviso con la prima il progetto di genitorialità che ha portato alla nascita del bimbo.

Tale processo ermeneutico passa dall'esame della normativa in parola, soprattutto con riferimento alla sua evoluzione interpretativa che ha portato, con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014, alla declaratoria di illegittimità del divieto di fecondazione eterologa.

Sin da tale pronuncia è stato chiarito che *“il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione”* e che, pertanto, il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

In tale ottica la Corte ha affermato che lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori sono *“regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici”*. Sicché l'art. 8 di detta legge laddove attribuisce lo status di figlio legittimo o riconosciuto della coppia che ha espresso il consenso all'applicazione delle tecniche di PMA rende evidente l'operatività di detto riconoscimento anche in ipotesi di PMA di tipo eterologo (su questo presupposto la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma III, della L. 40/2004 nella parte in cui stabiliva il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo).

Il percorso motivazionale della Corte consente di ritenere ormai abbandonato un concetto di filiazione basato sul solo dato biologico e genetico, aprendo invece l'orizzonte a criteri di attribuzione dello status *filiationis* che poggiano sulla manifestazione del consenso così come disciplinata dall'art. 6 L. 40/2004.

Lo stesso legislatore del 2004, d'altronde, aveva affermato che in caso di ricorso illegittimo alla fecondazione eterologa era prevalente non il dato biologico ma il consenso e la genitorialità intenzionale, tutelando in caso di conflitto l'interesse concreto del minore ad essere riconosciuto da chi lo aveva effettivamente voluto; così pure gli artt. 244 e 263 c.c. esprimono un *favor* opposto a quello *veritatis* introducendo termini decadenziali per le azioni ablativo, presupponendo che ciò corrisponda al superiore interesse del minore, a meno che non sia questi a decidere diversamente.

Il consenso richiamato, come è stato correttamente osservato dai più attenti commentatori (cfr. Marco Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, reperibile in www.questionegiustizia.it), rappresenta l'assunzione consapevole ed irrevocabile della responsabilità genitoriale da parte di entrambi i componenti della coppia e costituisce il fulcro del riconoscimento dello stato giuridico del nato e del concetto di genitorialità legale, come contrapposta alla genitorialità biologica.

- 5.4. Ed allora, proprio perché il sistema normativo deve essere letto alla luce del principio di tutela del superiore interesse del minore, si deve affermare che lo status *filiationis* è regolarmente costituito nei confronti di entrambe le donne che compongono la coppia tutte le volte in cui sia stata utilizzata una tecnica di PMA anche se in carenza dei requisiti oggettivi e soggettivi fissati dalla normativa interna.

Ciò in quanto, se è vero che tale condotta può scontrarsi con le sanzioni di cui all'art. 12 L. 40/2004, è pur vero che la violazione di norme interne non può comunque portare alla lesione dei diritti del mi-

nore a vedersi riconosciuto come figlio delle due mamme che hanno legittimamente manifestato il loro consenso ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro.

In altri termini, si deve prescindere da ogni valutazione sulla legittimità delle condotte poste in essere dai genitori poiché la scelta degli adulti non può andare a discapito dei minori (così Cass., sez. I, sentenza n. 19599/2016: *“le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato”*) e del loro diritto ad avere un secondo genitore come sancito nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea all’art. 24, § 3: *“il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse”*.

- 5.5. E certamente nell’attuale contesto sociale e giuridico non è possibile affermare che l’instaurazione di relazioni genitoriali tra genitori dello stesso sesso ed il figlio frutto del loro progetto di famiglia costituisca un pregiudizio per il minore, dato che ciò non ha alcuna evidenza scientifica – ed anzi l’amore di due genitori omosessuali è equivalente a quello di due genitori eterosessuali nella misura in cui consente al figlio di crescere in un ambiente coeso e tutelante quale quello familiare –, né risulta essere vietato a livello costituzionale, pur prendendo atto della presente scelta del legislatore di non consentire l’accesso alla PMA alle coppie formate da due donne, scelta passibile di futuri cambiamenti come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 162/2014.

Sotto tale ultimo profilo la stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 19599/2016 ha affermato che non esiste alcun vincolo costituzionale che vieti la filiazione da parte di coppie dello stesso sesso, essendo piuttosto i divieti legislativi il frutto di scelte politiche su temi eticamente sensibili sempre astrattamente passibili di modifiche da parte del legislatore: *“non è possibile sostenere l’esistenza di un principio costituzionale fondamentale... idoneo ad impedire l’ingresso in Italia dell’atto di nascita... in ragione di un’asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli”*.

La posizione assunta a mezzo della legislazione vigente *“non esprime una opzione costituzionalmente obbligata”* né costituisce estrinsecazione di valori fondamentali del nostro ordinamento. Anzi, al contrario, consentire che l’identità di sesso dei genitori importi una condizione deteriore per il minore, incidendo sul suo *status*, questo sì che determinerebbe una violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione.

- 5.6. Il concetto di famiglia deve, quindi, essere riletto alla luce dei mutamenti sociali e deve essere inteso come comunità di affetti svincolata da legami biologici, oltre che da istituti tradizionali quali l’unione matrimoniale, incentrandosi piuttosto su relazioni affettive ed effettive tra i suoi componenti che prescindono da legami tradizionalmente intesi (si veda la riforma della filiazione, la recente disciplina delle unioni civili ed il riconoscimento per le coppie dello stesso sesso del diritto di adottare figli ai sensi dell’art. 44, comma I, lett. d), L. 184/1983).
- 5.7. Come si è visto, la stessa giurisprudenza nazionale ha allargato le maglie della costituzione del rapporto di filiazione riconoscendo, nell’ottica primaria di tutelare il diritto del minore, la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita estero riferito a bambini venuti alla luce in territorio straniero a seguito della sottoposizione alle tecniche della PMA da parte di coppie di donne (cfr. in particolare la già richiamata sentenza n. 19599/2016 della Corte di Cassazione e la successiva sentenza n. 14878/2017).

Tale interpretazione estensiva è passata principalmente attraverso il vaglio della contrarietà all’ordine pubblico internazionale del riconoscimento dell’atto di nascita estero ed ha avuto come esito un giudizio di non contrarietà della doppia maternità ai principi fondamentali della nostra Carta Costituzionale.

Orbene, se è vero che nel caso portato all’attenzione di questo Collegio non si discute della trascrivibilità di un atto di nascita già formatosi in un altro paese, quanto piuttosto della formazione *ab initio* di tale atto in Italia (*i.e.* nuova iscrizione) essendo il piccolo CCC nato nel territorio nazionale, è pur vero che non si ravvisano ragioni per discostarsi dai principi sin qui delineati che consentono di attribuire al bimbo lo *status* di figlio delle ricorrenti.

Tale riconoscimento non passa, nel caso di specie, attraverso una valutazione riferita al concetto di ordine pubblico (giacché non vi è da riconoscere alcun atto straniero), incentrandosi piuttosto sull’esegesi del quadro normativo e dei principi generali che informano la materia per come sino ad ora individuati.

- 5.8. A ciò si deve aggiungere un ulteriore dato normativo, rappresentato dalla L. 76/2016, la quale, pur non disciplinando direttamente i rapporti tra genitori e figli, attribuisce comunque un utile strumento interpretativo, sia in quanto sancisce il principio per cui *coppia* è anche quella formata da persone dello stesso sesso, sia perché il comma 20 dell’art. 1 (cosiddetta *“clausola di equivalenza”*) – nel prevedere che *“la disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184”* – non richiama la L. 40/2004, facendo così ritenere ammissibile l’applicazione del concetto di coppia di cui all’unione civile anche in tema di PMA.

Tale opzione interpretativa è vieppiù avvalorata dalla piena operatività dell'art. 1, comma 20, L. 76/2016 rispetto all'art. 9 L. 40/2004. Tale ultima norma prevede che *“qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice”*. Ebbene i concetti di coniuge e convivente ivi richiamati rientrano certamente nel campo di applicazione del citato comma 20, sicché si deve ritenere che ciò costituisca ulteriore conferma del fatto che il legislatore abbia ritenuto di includere la L. 40/2004 nell'ambito di equivalenza di cui alla L. 76/2016.

- 5.9. Ulteriore conferma del riconoscimento della genitorialità *samesex* (o meglio dell'estensione dell'unione civile ad ipotesi di famiglia con figli) si ha, da ultimo, con la L. 4/2018 la quale, nel porre speciali tutele a favore degli orfani di crimini domestici, contempla anche gli orfani a seguito dell'omicidio del genitore commesso dall'altra parte dell'unione civile.
- 5.10. Dall'insieme delle considerazioni sin qui svolte deriva, da un lato, che il concetto di coppia di cui alla L. 40/2004 deve essere oggi inteso in senso lato, comprensivo anche della coppia omosessuale, e, dall'altro lato, che pur in presenza di fecondazioni eterologhe vietate in Italia ma praticate all'estero (ovvero quelle tra coppie *samesex*) il principio di tutela del superiore interesse del minore impone di riconoscere allo stesso le due madri che hanno manifestato il consenso pieno e consapevole di cui all'art. 6 – o meglio nelle forme previste dallo Stato in cui è praticata la PMA, sempre che assicurino garanzie analoghe a quelle di cui all'art. 6 con riferimento alla piena e irretrattabile assunzione di responsabilità da parte della coppia. Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 L. 40/2004 porta, dunque, ad affermare che i bimbi nati in Italia a seguito di tecniche di PMA eseguite all'estero sono figli della coppia di donne che hanno prestato il consenso manifestando inequivocabilmente di voler assumere la responsabilità genitoriale sul nascituro quale frutto di un progetto di vita comune con il partner e di realizzazione di una famiglia (in questo senso cfr. anche Stefania Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito* consultabile in www.articolo29.it).

Come è stato correttamente e condivisibilmente osservato *“il congegno normativo a tutela del minore prescinde da ogni valutazione sulla legittimità delle condotte poste in essere dai genitori ed era stato pensato, anzi, proprio per il caso della violazione di un divieto di legge (i.e. il divieto di fecondazione eterologa). Il principio per cui i genitori sono individuati sulla base del consenso e non del Dna è stato posto nella legge 40 per ogni ipotesi di nascita a mezzo di procreazione medicalmente assistita, anche se (anzi, in origine proprio se) in violazione dei principi stabiliti dalla stessa legge in materia di soggetti legittimati e tecniche consentite, atteso che tale principio è stato introdotto dalla legge proprio al fine di proteggere i minori nati con tecniche al tempo vietate. Né vi è ragione per assumere che i nati abbiano minore o maggiore tutela a seconda del tipo di tecnica adottata o del tipo di violazione di disposizioni di legge realizzata da parte dei genitori”* (così M. Gattuso, cit.).

Dunque, nell'attuale sistema normativo si deve ritenere che il consenso sia alla base della costituzione del rapporto di filiazione in caso di ricorso alla PMA (cosiddetta genitorialità intenzionale) così come, nella gestazione “ordinaria”, lo è il dato biologico genetico.

Opinare diversamente significherebbe accettare situazioni discriminatorie tra figli nati da coppie etero o omosessuali che abbiano fatto ricorso alle tecniche della PMA di tipo eterologo, rendendo illegittimo elemento di discriminare il contesto familiare in cui il minore è accolto, cresciuto, educato, amato.

Come acutamente osservato *“la prospettiva determinante non è quella dei diritti della coppia, ma di quelli del nato nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo, diritti che non tollerano disparità di trattamento in ragione delle condizioni e convinzioni personali dei genitori, in quanto presidiati dall'art. 2 Cost.”* (S. Stefanelli, cit.).

- 5.11. Non si ravvisa, dunque, alcun vuoto normativo, né si profila alcuna necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale come paventato dal Giudice Tutelare, dal momento che, come si è visto, è ben possibile operare una interpretazione delle norme vigenti conforme a Costituzione; né d'altronde vi è spazio per la sospensione del procedimento come suggerito dal GT, sia in quanto contraria ai principi sanciti dalla stessa giurisprudenza di legittimità – cfr. Cass., sez. II, ordinanza n. 24946 del 24/11/2006 –, sia in quanto la questione sollevata dal Tribunale di Pisa diverge da quella portata all'attenzione di questo Tribunale, avendo ad oggetto l'art. 33 L. 218/1995 che non assume alcuna rilevanza nel caso di specie, il quale non presenta alcun carattere di transnazionalità.

I principi elaborati sinora dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità ben si prestano a costituire il fondamento per la loro estensione alle ipotesi, come quella in esame, di nascita del minore nel territorio italiano con necessità di formare per la prima volta l'atto di nascita in Italia; d'altronde, in questo solco si collocano anche numerose prese di posizione da parte di Ufficiali di Stato Civile che stanno registrando la nascita in Italia di bambini di coppie di donne (cfr. da ultimo i Comuni di Torino, Milano e Sesto Fiorentino).

6. Da ultimo, mette conto rilevare che non si ravvisa alcuna necessità di nominare un curatore speciale per il piccolo CCC dal momento che tale nomina ha come presupposto la valutazione in ordine alla sussi-

stenza di un conflitto di interessi che, nel caso *de quo*, appare non sussistere atteso che il provvedimento richiesto dalle ricorrenti al Tribunale non può che andare a favore del minore (diversamente dall'ipotesi, ad esempio, di cui all'art. 250 c.c.).

7. In conclusione, poiché nel caso in esame le ricorrenti hanno documentato la manifestazione del loro consenso al momento della scelta di ricorrere alla PMA (cfr. doc. 2) e tale dichiarazione appare pienamente conforme alla lettera di cui all'art. 6 L. 40/2004, il diniego opposto dal Sindaco del Comune di DDD si profila illegittimo in quanto l'atto di nascita di CCC avrebbe dovuto essere formato sin dall'origine con il contestuale riconoscimento del neonato da parte delle sue mamme, sicché ritiene il Collegio che ragioni di tutela del superiore interesse del minore impongano di operare la rettificazione ai sensi dell'art. 95 D.P.R. 396/2000 mediante la sostituzione dell'atto di nascita esistente e la formazione di un nuovo atto di nascita di contenuto analogo a quello del 27.11.2017, ma con indicazione delle due ricorrenti come madri di CCC.
8. Poiché si tratta di un riconoscimento contestuale il minore potrà portare il cognome di entrambe le madri, come da queste richiesto (in applicazione della medesima *ratio* espressa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 286/2016, pur se riferita a genitori di sesso diverso nell'ambito di un rapporto matrimoniale, non ravvisandosi ragioni che impongano una diversa interpretazione).
9. Sussistono gravi ragioni per compensare le spese di lite – o meglio per dichiararle irripetibili attesa la mancata costituzione in giudizio del Sindaco di DDD – in considerazione della novità delle questioni trattate e della loro complessità e rilevanza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Pistoia, in composizione collegiale, così provvede:

1. in accoglimento del ricorso dichiara l'illegittimità del diniego opposto dal Sindaco del Comune di DDD alla dichiarazione di riconoscimento del figlio minore CCC da parte di BBB e, per l'effetto, ordina all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di DDD di operare la rettificazione ai sensi dell'art. 95 D.P.R. 396/2000 mediante la sostituzione dell'atto di nascita esistente e la formazione di un nuovo atto di nascita di contenuto analogo a quello del ma con indicazione delle due ricorrenti come madri di CCC, nato a EEE il, attribuendo a quest'ultimo il cognome di AA BB;
2. dichiara le spese irripetibili.

Così deciso in Pistoia nella Camera di Consiglio del 5 luglio 2018 su relazione della dott.ssa Laura Mazione.

Tribunale di Trento

Ordinanza del 31 luglio 2018

RAPPORTI NEGOZIALI FRA PRIVATI – LOCAZIONE A USO ABITATIVO – TRATTATIVE PRECONTRATTUALI – PERSONA TRANSGENDER – NATURA DISCRIMINATORIA DELLA CONDOTTA TENUTA DAL LOCATORE – DISCRIMINAZIONE FONDATA SUL SESSO AI SENSI DELLA DIRETTIVA 2004/113/CE E DEL D.LGS. N. 196/2007 – SUSSISTENZA – INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA – SUSSISTENZA -DIRITTO AL RISARCIMENTO DEL DANNO – SUSSISTENZA

La discriminazione fondata sulla condizione transessuale o transgender della persona rientra nella nozione di discriminazione fondata sul sesso ai sensi della direttiva 2004/113/CE secondo una interpretazione coerente con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria, che ha progressivamente inteso il principio di non discriminazione da regola strumentale all'osservanza del diritto di libera circolazione a diritto fondamentale della persona, e con un'interpretazione costituzionalmente orientata del D.Lgs. n. 196/2007; per conseguenza anche nell'ambito di rapporti negoziali fra privati, in particolare in ipotesi di trattative precontrattuali propedeutiche ad una locazione a uso abitativo, la condotta discriminatoria tenuta dal locatore, volta a interrompere le trattative precontrattuali in ragione della condizione transgender dell'altro contraente, configura condotta illecita ai sensi della direttiva 2004/113/ce e del d.lgs. n. 196/2007, con conseguente inversione dell'onere della prova e diritto della persona discriminata al risarcimento del danno

TRIBUNALE ORDINARIO di TRENTO SEZIONE CIVILE

Il giudice, a scioglimento della riserva assunta nella causa promossa con rito sommario di cognizione ex artt. 702 bis e ss c.p.c.

D A

XXXXXXX, residente in Levico Terme, XXXXXXX, rappresentata e difesa dall'avv. Alexander Schuster
RICORRENTE

C O N T R O

YYYYYYYY, con sede in Trento, via del Ponte n° 15, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. +++++++

CONVENUTA

ha pronunciato la seguente

Ordinanza

Premesso, fra l'altro, di essere "persona transgender, ovvero persona di sesso biologico maschile che percepisce e afferma un'identità di genere di tipo femminile"; di svolgere un'attività professionale tramite la *****, start-up nell'ambito dell'innovazione, sviluppo e ricerca; di aver avuto l'intenzione, nell'estate 2016, di trasferirsi da Levico Terme a Trento per ragioni personali e lavorative; di essersi, quindi, all'epoca attivata con un'amica, WWWWWW, per reperire un'abitazione comune al fine di condividere le spese di locazione, con ricorso ex art. 55 *quinquies*, d.lgs. n° 198/2006, XXXXXXX esponeva che:

- letto un annuncio relativo ad alloggi per studenti, dottorandi o ricercatori rinvenuto su un noto portale web, il 16 agosto 2016 aveva contattato il recapito telefonico ivi riportato, con ciò mettendosi in comunicazione con l'agenzia CCCCCC (di seguito, per brevità, solo CCCCCC), nella persona dell'amministratrice e legale rappresentante P P P P P P P P P P P P P P P P, a cui aveva manifestato il proprio interesse e quello dell'amica WWWWWW all'abitazione pubblicizzata, facendole presente nel contempo di svolgere attività lavorativa, e non di studio;

- la P P P P P P P, dopo aver contattato la proprietà, l'aveva richiamata per dirle che la detta "condizione di non studentessa non era ostativa alla conclusione del contratto", tant'è che in seguito le aveva comunicato via mail le istruzioni per "bloccare la stanza", trasmettendole la relativa planimetria e gli estremi dell'offerta, nonché un modulo - qualificato come "preliminare" - da compilare;

- ribadito alla P P P P P P P di non essere studentessa e, quindi, di non poter allegare documentazione attestante l'iscrizione universitaria, come richiesto nelle istruzioni del detto modulo, le era stato risposto di inviare un contratto di lavoro e, in difetto, una visura relativa alla società di cui era socia;

- aveva, quindi, successivamente provveduto a sottoscrivere e a trasmettere il contratto preliminare, unitamente alla prova del pagamento degli importi ivi indicati (€ 1.042,00 in favore di Y Y Y Y Y Y Y Y, a titolo di "caparra" pari al triplo del canone di locazione, oltre alle spese di registrazione; € 402,60 a favore di

C C C C C C C a titolo di "costi una tantum"), alla carta d'identità del 2012 (ove era ritratta con sembianze maschili) e alla visura relativa alla società *****;

- avendo conseguito il 13 settembre un nuovo documento d'identità, recante foto che la raffigurava con apparenze femminili, tre giorni dopo, in vista dell'immissione in possesso dei locali, ne aveva trasmesso per email copia alla Y Y Y Y Y Y Y Y, in persona della responsabile amministrativa G G G G G G (la quale aveva risposto a una sua precedente comunicazione inviata a F F F F F F F), ricevendone nella stessa giornata varia documentazione in vista del successivo perfezionamento del contratto di locazione relativo alla "stanza D.3";

- il 26 settembre aveva ricevuto dalla C C C C C C C la fattura per la provvigione relativa al contratto n. 3000 dd. 16.8.2016 avente a oggetto "locazione di stanza singola in appartamento Via V V V V V V n. 39 - 38122 Trento" e da F F F F F F F comunicazione di consegna della stanza per il successivo 1° ottobre;

- tre giorni dopo, quindi il 29 settembre, aveva reso nota la propria condizione di transgender alla P P P P P P P, allorché costei le aveva telefonato per dirle che in Y Y Y Y Y Y Y Y erano sorte perplessità sul fatto che vi fossero "due persone diverse" sulla vecchia e sulla nuova carta d'identità;

- nella circostanza la P P P P P P P le aveva fatto presente che alla Y Y Y Y Y Y Y Y tendevano a essere selettivi e che il F F F F F F F era persona "all'antica" e, temendo un uso improprio del locale, aveva manifestato dubbi sull'assenza della condizione di studentessa;

- nel corso di un incontro a tre effettuato nella stessa giornata, il F F F F F F F si era effettivamente concentrato sulla qualifica di studentessa, tant'è che al termine della discussione le era stato proposto dalla P P P P P P P un alloggio alternativo, ma l'affare non era andato a buon fine per la mancanza di disponibilità della proprietaria;

- al fine di indurre Y Y Y Y Y Y Y Y alla stipulazione del contratto, la P P P P P P P le aveva, quindi, suggerito di iscriversi a singoli corsi universitari, pur non celandole il timore di esporla a una spesa che non le avrebbe assicurato con certezza l'alloggio voluto;

- anche Y Y Y Y Y Y Y Y, per il tramite del F F F F F F F, le aveva proposto soluzioni alternative, che non aveva accettato avendo all'epoca interesse a conseguire proprio il locale oggetto del contratto preliminare di locazione stipulato con la detta società, nella circostanza rappresentata dalla C C C C C C C;

- la successiva mancata stipulazione del contratto definitivo non era stata causata dall'assenza dello status di studente, già desumibile dalla documentazione utilizzata per la stesura del regolamento contrattuale inviato il 16/9, ma dalla propria condizione di persona trans;

- del resto nello stesso annuncio relativo al locale in oggetto, essendosi fatto riferimento anche a "dottorandi" e "ricercatori", non era stata richiesta la sola veste di studente, oltretutto neppure menzionata nel contratto definitivo che le era stato sottoposto per la firma;

- Y Y Y Y Y Y Y Y aveva, dunque, tenuto una condotta discriminatoria di tipo diretto in suo danno, avendole impedito l'accesso a un bene, ossia l'alloggio promesso in locazione, soltanto perché portatrice di un'identità di genere contrastante con il sesso cromosomico.

Tanto premesso, X X X X X X X concludeva chiedendo di:

- A. accertare il proprio diritto alla locazione (per una durata di dodici mesi) della stanza D.3 dell'immobile sito in Trento, Via V V V V V V, 39, di proprietà della Y Y Y Y Y Y Y Y, e l'obbligo di quest'ultima di concludere il contratto definitivo di locazione di cui alla mail di data 16.09.2016; di pronunciare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2932 cod. civ., una sentenza d'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto di locazione, che tenesse luogo dell'inadempimento della Y Y Y Y Y Y Y Y e producesse gli effetti del contratto non concluso;
- B. accertare e dichiarare il carattere discriminatorio degli atti posti in essere in suo danno da Y Y Y Y Y Y Y Y nei rapporti contrattuali e nelle trattative per una locazione a uso abitativo nel periodo settembre 2016 e mesi successivi "per motivo di genere e identità di genere";
- C. condannare Y Y Y Y Y Y Y Y, ai sensi dell'art. 2043 c.c., al risarcimento del danno patrimoniale, pari a € 500,00 per ogni mese d'indisponibilità dell'alloggio a decorrere dal 1° ottobre 2016 e fino a un massimo di dodici mesi;

- D. condannare YYYYYYYY al risarcimento del danno non patrimoniale ex artt. 2059 c.c., 28, c. 5, d.lgs. 150/2011, da quantificare in € 35.000,00, oltre accessori;
- E. disporre la pubblicazione, sul sito Internet di YYYYYYYY per un periodo di almeno due anni, di dichiarazione della stessa di adottare, nell'offerta dei propri servizi e dei propri beni, una «politica di non discriminazione», con espressa menzione dell'identità di genere quale motivo di non discriminazione, ordinando, nel contempo, che un richiamo o banner a tale sezione/pagina del sito fosse presente sulla home-page per almeno un anno;
- F. disporre la pubblicazione a spese di YYYYYYYY di un estratto di almeno 2500 caratteri (spazi inclusi) della pronuncia giudiziale, con contenuto da concordarsi, o in alternativa la pubblicazione dell'ordinanza integrale su un quotidiano di tiratura nazionale.
- G. in subordine alla domanda sub A, accertare, ai sensi dell'art.1337 c.c., la violazione della buona fede nella fase di trattativa in ordine alla locazione del detto immobile, posta in essere da YYYYYYYY nel mese di settembre, con conseguente condanna al risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 2059 c.c..

Costituitasi in giudizio in persona del suo legale rappresentante, YYYYYYYY, premesso che la CCCCCC, rappresentata da PPPPPP PPPPPP, non era propria mandataria, avendo solo la facoltà di procacciarle clienti e che in tale veste, a metà agosto 2016, le aveva segnalato XXXXXXXX e WWWWWW, come persone interessate a due stanze nello studentato denominato "Residenza universitaria 2.0", rappresentava, fra l'altro, che:

- a dire della PPPPPP, XXXXXXXX aveva asserito di aver terminato un corso di laurea triennale e di non essere iscritto al biennio, ma di essersi riservato di farlo in seguito;

- preso atto di ciò, si era fatto presente alla PPPPPP che la stanza poteva essere bloccata, ferma restando la necessità di successiva iscrizione universitaria non oltre il 1° ottobre 2016, data prevista per l'immissione in possesso del locale;

- allorché il 29 settembre 2016 era stato accertato, in base alla nuova carta d'identità, che XXXXXXXX era "programmatore di software", era stato ribadito che la stanza non poteva essere assegnata in difetto di iscrizione all'università, e nel contempo era stata manifestata la disponibilità a tenerla bloccata ove XXXXXXXX avesse provveduto alla detta iscrizione, offrendo comunque anche un alloggio alternativo;

- controparte non aveva provato la dichiarata qualità di "persona transgender";

- le disposizioni di cui al d.lgs. n° 198/2006, costituendo legislazione speciale diretta a reprimere comportamenti discriminatori fra uomo e donna a tutela del genere femminile, non erano applicabili nella fattispecie in esame;

- controparte non aveva offerto elementi sufficienti per beneficiare dell'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 55 bis del detto decreto legislativo;

- il locale oggetto di causa, come tutti quelli compresi nella stessa struttura, erano destinati unicamente a studenti, non rilevando la più ampia indicazione rinvenibile nell'annuncio pubblicitario menzionato in ricorso, in quanto riferibile a iniziativa unilaterale della PPPPPP e contrastante con quanto riportato nel sito di essa convenuta;

- non avendolo sottoscritto, l'accordo denominato "preliminare" da parte ricorrente non le era opponibile;

- sin dal primo contatto relativo alla coppia WWWWWW/XXXXXX, si era fatto presente alla PPPPPP che la mancata iscrizione universitaria sarebbe stata un problema ove si fosse protratta in prossimità della data fissata per la consegna del locale;

- soltanto il 29 settembre il proprio dipendente FFFFFFF si era avveduto che la prima carta d'identità di XXXXXXXX riportava la dicitura "studente" e la nuova quella di "sviluppatore software", il che lo aveva indotto a supporre che XXXXXXXX avesse definitivamente deciso di non iscriversi all'università;

- nel corso dell'incontro tenuto nella stessa giornata al fine di chiarire la situazione, FFFFFFF aveva ribadito a XXXXXXXX la necessità di procedere all'iscrizione universitaria, per poi far presente che in difetto la stanza non poteva essere concessa in locazione, non mancando comunque di formulare proposte alternative, non accettate da XXXXXXXX;

- il diniego alla locazione dell'alloggio preteso era stato, dunque, causato dalla sola mancanza dello status di studente, e non certo dall'asserita qualità di transgender di parte ricorrente;

- le domande ex art. 2932 c.c. e di accertamento di condotta discriminatoria erano inammissibili e comunque infondate, al pari di quella proposta ex art. 2043 c.c., per aver controparte prospettato una responsabilità contrattuale o precontrattuale; - parte ricorrente non aveva dimostrato la sussistenza dei dedotti pregiudizi.

Dopo aver formulato una proposta transattiva ex art. 91 c.p.c., YYYYYYYY concludeva chiedendo il rigetto di ogni pretesa avversaria.

1. Sulle domande di accertamento dell'inadempimento, da parte di YYYYYYYYY, dell'obbligo di concludere il contratto definitivo di locazione di cui alla mail dd. 16.9.2016 e di risarcimento del relativo danno

Come emerge dalla parte espositiva che precede, sul presupposto di aver stipulato con la convenuta un contratto preliminare di locazione relativamente alla stanza D.3 dell'immobile sito in Trento, via VVVVVV 39, in ricorso XXXXXXXX ha chiesto di pronunciare, ai sensi dell'art. 2932 c.c., sentenza che producesse gli stessi effetti del contratto definitivo non stipulato per l'inadempimento di controparte.

Nella successiva memoria difensiva dd. 5.5.2017, parte ricorrente, tenuto conto che in ragione dei tempi processuali la detta eventuale declaratoria non l'avrebbe comunque posta nelle stesse condizioni del contratto non concluso, relativo a una locazione annuale a decorrere dal 1° ottobre 2016, ha manifestato il proposito di "convertire la condanna all'adempimento degli obblighi del preliminare di locazione in una domanda di risarcimento per equivalente".

Tale domanda, diversamente da quanto eccepito da parte convenuta, è ammissibile, non risolvendosi in un'irrituale mutatio libelli.

Al riguardo va, infatti, considerato che quando "l'esecuzione specifica di un preliminare...si riveli impossibile...la richiesta di reintegrazione per equivalente pecuniario è da ritenersi implicita nella domanda di esecuzione della quale non trascende i limiti, onde non costituisce domanda nuova", e ciò in quanto "la reintegrazione per equivalente rappresenta un sostitutivo legale della reintegrazione del patrimonio del creditore in forma specifica, mediante la restituzione dell'*eadem res debita*" (così in motivazione Cass., n° 2613/2001).

In applicazione di tale condivisibile principio di diritto (affermato in ordine a un preliminare di vendita relativo a immobile ceduto a terzi dal promittente venditore, ma suscettibile di estensione anche a un preliminare di locazione, quando sia, di fatto, divenuta impossibile la conduzione del bene nel ristretto lasso temporale ivi considerato), devesi, dunque, ritenere insussistente l'eccepito indebito mutamento di domanda.

Tanto premesso, ritiene il giudicante che le acquisite risultanze istruttorie non consentono di ritenere provato che la YYYYYYYYY ebbe ad assumere, con la stipulazione di un contratto preliminare, l'obbligo di stipulare un contratto definitivo di locazione con XXXXXXXX relativamente al detto alloggio.

Tenuto conto che l'art. 1, co. 4, legge n° 431/98 richiede la forma scritta ad substantiam per la locazione a uso abitativo ("il contratto di locazione ad uso abitativo stipulato senza la forma scritta ex art. 1, comma 4, della l. n. 431 del 1998 è affetto da nullità assoluta, rilevabile da entrambe le parti e d'ufficio, attesa la "ratio" pubblicistica del contrasto all'evasione fiscale; fa eccezione l'ipotesi prevista dal successivo art. 13, comma 5, in cui la forma verbale sia stata abusivamente imposta dal locatore, nel qual caso il contratto è affetto da nullità relativa di protezione, denunciabile dal solo conduttore" così Cass., sez. un., n° 18214/15), anche il dedotto contratto preliminare, stante il disposto dell'art. 1351 c.c., doveva essere stipulato per iscritto a pena di nullità, ciò significando che la relativa stipulazione non la si può desumere dal comportamento concludente di uno o di entrambe le parti.

Nel caso di specie difetta il detto requisito formale, visto che il regolamento negoziale (v. doc. n° 6 di parte ricorrente), in tesi, corrispondente all'accordo preliminare inadempito (che, invero, pone a carico del solo firmatario, con il versamento della "caparra", "l'impegno a firmare il contratto di locazione", di talché appare fondato qualificarlo come preliminare unilaterale di locazione, con cui l'obbligazione di stipulare è assunta da una sola parte) non risulta sottoscritto da YYYYYYYYY, e neppure dalla CCCCCC in persona della sua amministratrice e legale rappresentante P P P P P P P P P P P P P P P P, la quale, secondo la prospettazione di parte ricorrente, nella vicenda avrebbe agito quale rappresentante della società convenuta o comunque come falsus procurator, il cui operato sarebbe stato poi ratificato dalla YYYYYYYYY.

Tali assunti non risultano provati ed appaiono comunque contraddetti dall'avvenuto pagamento (da parte di XXXXXXXX) dell'importo di € 402,60 oggetto della fattura n° 27/2016 dd. 17.8.2016 emessa dalla CCCCCC, da intendersi, in sostanza, quale corrispettivo dell'attività di mediazione dalla stessa svolta per la locazione del locale per cui è causa, dunque nell'espletamento di attività riconducibile nel campo applicativo dell'art. 1754 c.c., e non come mandataria di YYYYYYYYY.

Al riguardo va peraltro tenuto presente che "il mandato con o senza rappresentanza a concludere un negozio per il quale sia richiesta la forma scritta "ad substantiam" deve essere rilasciato per iscritto a pena di nullità" (così Cass., n° 7453/92; nello stesso senso v. Cass., n° 13212/2014) e che lo stesso dicasi per quanto attiene alla ratifica, dovendo anch'essa parimenti "rispettare la forma prescritta per il contratto concluso dal "falsus procurator" (così Cass., n° 27399/09; v. anche Cass., n° 12308/11, secondo cui "la ratifica di un contratto per il quale la legge prevede la redazione per iscritto "ad substantiam" (nella specie, contratto preliminare di compravendita immobiliare) può anche essere contenuta in un atto avente formale diverso contenuto, ma non può essere desunta da una serie di condotte o documenti complessivamente indicati come convergenti verso la dimostrazione dell'avvenuta ratifica, perché in questa ipotesi si tenderebbe a fornire non la prova indiretta, ma quella per presunzioni, espressamente

vietata dall'art. 2729, II comma, cod. civ."), il che induce a non attribuire rilievo, con riguardo ai profili qui in esame (ossia relativamente al mandato che YYYYYYYY avrebbe conferito alla PXXXXXX e alla dedotta ratifica dell'operato di costei da parte della società convenuta), che la stanza richiesta da XXXXXXXX sia stata "bloccata da metà agosto" da parte di YYYYYYYY e che quest'ultima abbia incassato l'importo di € 1.042,00 a titolo di "caparra".

L'evidenziata carenza di forma scritta non appare superabile neppure con il riferimento ai documentati messaggi telefonici e di posta elettronica, sia perché non intercorsi tra parte ricorrente e soggetto in grado di manifestare la volontà della società convenuta e di vincolarla sul piano negoziale, sia per il loro stesso contenuto.

In parte qua non è poi valorizzabile la particolare ripartizione dell'onere probatorio di cui agli artt. 55 sexies D.Lgs. n° 196/2007 e 28, D.Lgs. n° 150/2011, sia perché tali disposizioni, essendo riferibili, rispettivamente a "elementi di fatto idonei a presumere la violazione del divieto di discriminazione" e alla "esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori", sono applicabili alle sole domande dirette all'accertamento della denunciata condotta discriminatoria e al risarcimento dei relativi danni, e non a quelle fondate su un preteso inadempimento dell'obbligo a contrarre; sia perché in relazione al profilo sopra esaminato viene in rilievo un requisito formale richiesto a pena di nullità, e non ad probationem.

Aggiungasi a ciò, con specifico riferimento alla pretesa risarcitoria, riferita al disposto dell'art. 2043 c.c. al punto C delle conclusioni rassegnate in ricorso, e alle conseguenze dell'inadempimento del dedotto obbligo di contrarre di cui al punto C delle conclusioni formulate nella memoria difensiva dd. 5.5.2017, che comunque non sono stati acquisiti oggettivi elementi di prova da cui inferire che dalla mancata conclusione del contratto di locazione relativamente all'alloggio oggetto di causa sia derivato a parte ricorrente uno specifico pregiudizio patrimoniale in termini di danno emergente e/o lucro cessante; in particolare, non consta che l'indisponibilità del detto immobile le abbia comportato spese o precluso il conseguimento di un qualche guadagno, o comunque un pregiudizio, quantomeno in termini di perdita di chance, e neppure è stato provato che per effetto della sistemazione abitativa nel centro cittadino XXXXXXXX avrebbe avuto modo di svolgere più proficuamente la propria attività lavorativa rispetto a quanto le era consentito dalla sua collocazione residenziale dell'epoca a Levico Terme e, quindi, di incrementare i relativi ricavi.

Le domande formulate ai punti A e C delle conclusioni articolate nella memoria dd. 5.5.2017 non possono, dunque, trovare accoglimento.

2. Sulla domanda di accertamento del carattere discriminatorio degli atti posti in essere dalla convenuta in danno di XXXXXXXX

a. La normativa di riferimento

Al riguardo occorre in primo luogo individuare le norme di diritto positivo applicabili nella fattispecie in esame e, quindi, verificare se, come prospettato in ricorso, le domande ivi formulate siano effettivamente riconducibili nel campo applicativo del Decreto Legislativo 11 aprile 2006, n° 198 ("Codice delle parti opportunità tra uomo e donna a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005 n. 246"), come modificato dal Decreto Legislativo 6 novembre 2007 n. 196 ("Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura"), che vi ha introdotto il Titolo II 2-bis ("parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura"), ove figurano disposizioni recanti le nozioni e il divieto di discriminazioni (artt. 55 bis e 55 ter), nonché la disciplina della tutela giudiziaria cui può accedere il soggetto discriminato "a causa del suo sesso" (artt. 55 quinquies e 55 sexies).

A tal fine, avendo parte ricorrente sostenuto di essere "persona transgender, ovvero persona di sesso biologico maschile, tale risultante ancora allo stato civile, che tuttavia percepisce e afferma un'identità di genere di tipo femminile" (v. pag. 2 del ricorso), nonché di essere intenzionata a "porre in essere nel breve termine un'operazione chirurgica e conseguire la rettificazione anagrafica" (v. pag. 3 della memoria dd. 5.5.2017), e di aver subito proprio a causa della detta condizione soggettiva un trattamento discriminatorio nel reperimento di immobile a uso di abitazione, dunque nell'accesso a un bene, occorre innanzi tutto stabilire se la tutela accordata dalla citata normativa riguarda le sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ossia fondate sul fatto che una persona sia una donna o un uomo, o anche quelle attinenti al genere, sì da risultare applicabile anche in relazione a disparità di trattamento riferibili al mutamento del sesso e alla "identità di genere".

In proposito va in primo luogo considerato che il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., imponendo di escludere privilegi e disposizioni discriminatorie, anche in base al sesso, in ragione della garanzia effettiva del valore primario della pari dignità sociale di fronte alla legge, costituisce il fondamento del divieto di qualunque forma di discriminazione, ossia di ingiustificata disparità di trattamen-

to, e che tra i diritti che formano il patrimonio irrettrattabile della persona umana il precedente art. 2 riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale, che è espressione della dignità del soggetto e del suo diritto a essere riconosciuto nell'ambito sociale di riferimento per quello che si è (v. Corte Cost. n° 13/1984) e che comprende anche l'identità sessuale, per la cui identificazione, come chiarito dalla Corte Costituzionale con specifico riguardo all'impianto normativo della legge 14 aprile 1982, n° 164 ("norme in materia di rettificazione di attribuzioni di sesso"), "viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero 'naturalmente' evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale", derivando da ciò una "concezione del sesso come dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato e ricercato l'equilibrio, privilegiando il od i fattori dominanti".

Del resto, com'è noto, il dato biologico può discostarsi dalla componente psicologica, potendosi verificare che un soggetto, presentando i caratteri genotipici di un determinato genere, sente in modo profondo di appartenere all'altro genere, del quale tende ad assumere gli aspetti esteriori e ad adottare i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere riconosciuto.

Il che richiama il concetto d'identità di genere, ritenuta costituita da tre componenti, ossia il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale (v. Trib. Messina 11.11.2014 e Cass., n° 15138/15), e comunemente definita come l'esperienza intima e personale che ogni persona ha del sesso, che corrisponda o non al sesso attribuito alla nascita, compresa la consapevolezza personale del corpo (che può comportare, se frutto di una libera scelta, la modificazione dell'aspetto fisico o delle funzioni fisiche mediante interventi medici, chirurgici o di altro tipo) e altre espressioni del genere, tra cui l'abbigliamento, il linguaggio e l'atteggiamento.

L'identità di genere, che, dunque, non è necessariamente corrispondente al sesso anatomico di nascita, costituisce "un profilo relevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale" (così in motivazione Cass., n° 15138/2015, che da tale qualificazione ha tratto la conseguenza che lo Stato non può limitarne l'esplorazione "a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare"), come tale "rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)" (v. Corte Cost. n° 221/15).

Devesi, nel contempo, considerare, per quanto qui rileva, che nell'ordinamento comunitario, che da tempo prevede disposizioni sul principio della parità di trattamento, sancito dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e considerato dalla Corte di Giustizia (caso Glatzel) "principio generale del diritto dell'Unione", di cui ne è "particolare espressione" il principio di non discriminazione enunciato all'art. 21, paragrafo 1 della Carta, si è assistito a un progressivo ampliamento della tutela antidiscriminatoria in una dimensione sociale, e non in quella esclusivamente economica, che ha caratterizzato l'iniziale impostazione del Trattato in parte qua.

Sul presupposto che l'eliminazione di ogni discriminazione è parte dei principi generali di cui deve garantire l'osservanza per il conseguimento di un'uguaglianza effettiva e non meramente formale, la Corte di Giustizia ha effettuato un'opera di graduale estensione dell'ambito applicativo della normativa antidiscriminatoria, come tutela della dignità umana, intesa come valore assoluto, con ciò anticipando gli orientamenti degli altri organismi comunitari e influenzandone l'operato.

Tale interpretazione estensiva è riscontrabile, fra l'altro, anche in ordine alle discriminazioni subite da persone transessuali, che, in quanto fondate sul "genere", la Corte di Giustizia ha ricondotto a quelle vietate dalla normativa europea in materia di discriminazioni tra uomo e donna.

Al riguardo viene in rilievo la sentenza nella causa C-13/94 P.c.S. e Cornwall County Council, in cui la Corte di Giustizia, tenuto conto che la direttiva europea n. 76/207/CEE (poi rifiuta nella direttiva 2006/54/CE), sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro era l'espressione, nella materia considerata, del principio di uguaglianza e che "il diritto di non essere discriminato in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana", ha affermato che l'applicazione della detta direttiva non poteva "essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso" e che, in ragione dello scopo e dei diritti che mirava a proteggere, poteva "applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata", evidenziando che "siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato" e che, quindi, "una persona, se licenziata in quanto ha l'intenzione di sottoporsi o si è sottoposta ad un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione", per poi sostenere che "il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a violare, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà alle quali essa ha diritto e che la Corte deve tutelare".

Tale impostazione interpretativa (seguita in due successivi giudizi: Causa C-117/01 K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health e Causa C423/04, Sarah Margaret Richards contro Secretary of State for work and pensions), che, dunque, consente di includere nell'ambito operativo della tutela contro le discriminazioni fondate sul sesso, non solo le persone che hanno

ultimato l'iter medico/giudiziario/amministrativo di mutamento del sesso, ma anche quelle che hanno intenzione di darvi inizio, è stata espressamente richiamata nella direttiva 2006/54CE (riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego e attuata in Italia con il Decreto Legislativo 25 gennaio 2010 n. 5, che ha modificato alcune disposizioni del D.lgs. n° 198/2006), visto che al considerando n. 3 si legge "la Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso".

Un rilievo sostanzialmente analogo è riscontrabile nel verbale della riunione n. 2606 del Consiglio dell'Unione europea tenutasi il 4.10.2004 durante i lavori preparatori della direttiva 2004/113/CE relativa all'accesso dei beni e servizi (recepita nell'ordinamento interno con il D.Lgs. n° 196/07, che, come detto, ha modificato il D.Lgs. n° 198/2006), ove si legge "riguardo all'art. 3 e alla sua applicazione alle persone transessuali, il Consiglio e la Commissione ricordano la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea nel caso C-13/94 P.C. S. e Cornwall, ove la corte ha ritenuto che il diritto a non essere discriminati sulla base del sesso non può essere limitato alle discriminazioni fondate sul fatto che una persona sia dell'uno o dell'altro sesso, ma deve includere le discriminazioni derivanti dal cambiamento di sesso di una persona".

Convergente nella medesima direzione interpretativa appare la Relazione dd. 5.5.2015 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della direttiva 2004/113/CE, il cui punto 3.3 recita "conformemente alla giurisprudenza della Corte, il campo di applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne e il divieto delle discriminazioni fondate sul sesso si applicano anche alle discriminazioni che hanno origine dal cambiamento di sesso di una persona...Sinora la Corte si è pronunciata soltanto sul cambiamento di sesso. Non esiste una giurisprudenza riguardo all'identità di genere in termini più generali, inclusa nella protezione dalla discriminazione fondata sul sesso, ma la Commissione ritiene che l'approccio da seguire dovrebbe essere sostanzialmente simile".

Il che, valutato unitamente al dichiarato scopo della direttiva 2004/113/CE ("istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi"), che ne fa espressione del principio di uguaglianza, induce a ritenere innanzi tutto che le stesse considerazioni svolte dalla citata giurisprudenza della Corte di Giustizia in ordine all'operatività della direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro valgono a estendere la sfera di applicazione della direttiva 2004/113/CE anche alle discriminazioni subite per il fatto di aver ottenuto la rettificazione anagrafica del sesso o anche solo per aver manifestato l'intenzione di conseguirla e, quindi, iniziato l'espletamento delle incombenze a ciò necessarie.

Nel valutare poi l'effettiva incidenza delle menzionate sentenze della Corte di Giustizia sulla questione interpretativa in esame, va considerato, da un lato, che esse risalgono a un'epoca in cui si riteneva che per la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile fosse obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, il che invece, per quanto riguarda l'ordinamento interno, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n° 221/15, non è più un "prerequisito" per accedere a detto procedimento, ma "solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali" (come già in precedenza statuito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n° 15138/15; analoga evoluzione interpretativa è riscontrabile nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale nella causa A.P., Garçon et Nicot c. Francia, ric. N. 79885/12 ha stabilito che riconoscere l'identità di genere delle persone transgender solo in caso di compimento di un'operazione o di un trattamento di sterilizzazione, a cui non si vuole essere sottoposti, significa subordinare l'esercizio del diritto alla rinuncia al pieno esercizio del diritto della integrità fisica e che richiedere l'irreversibilità della trasformazione integra violazione, da parte dello Stato, di un suo obbligo positivo di garantire il diritto al rispetto della vita privata, con conseguente violazione dell'art. 8 Cedu); e dall'altro che i pronunciamenti della Corte di Giustizia, avendo, di fatto, qualificato come discriminazione fondata sul "sesso" anche quella subita da una persona a causa del mutamento di sesso o dell'intenzione di conseguirlo per il fatto di avvertire una marcata incongruenza tra le sue caratteristiche sessuali primarie e secondarie e la percezione di appartenenza all'altro genere, inducono a un'interpretazione della nozione di "sesso" non ancorata al dato biologico dell'appartenenza sessuale - potendosi del resto ritenere la sessualità umana quale espressione di molteplici componenti, essendo al contempo "genetica, fenotipica, endocrinica, psicologica, culturale e sociale" (come precisato da Trib. Trento ordinanza n. 228 dd. 20.8.2014 con cui è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale l'art. 1, 1° co., legge n. 164/82) - e in termini tali da ricondurre nel novero dei fattori proibiti di discriminazione anche l'identità di genere.

Del resto il diritto al cambiamento di sesso è espressione del diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere, che, come detto, rientra nel catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona di cui agli artt. 2, 3, 32 Cost. e art. 8 CEDU (così anche Cass., n° 15138/15, che sul punto richiama Corte

Cost. n° 161/1985) e che nel suo 30° considerando la direttiva 2011/95/UE (recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta) ha espressamente incluso tra gli aspetti connessi al sesso.

Va poi tenuto presente (i) che il dictum della Corte di Giustizia costituisce una regola iuris applicabile dal giudice nazionale in ogni stato e grado del giudizio (v. Cass., n° 17994/15; Cass., n° 1917/12; Cass., n° 4466/05); (ii) che l'interpretazione del diritto comunitario, adottata dalla Corte di Giustizia, ha efficacia ultra partes, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali, sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità (v. Cass., n° 22577/12); e che (iii) nell'interpretare la normativa di recepimento di una direttiva UE, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno e utilizzare tutti i metodi a esso riconosciuti per addi-venire a un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario.

Pertanto, una lettura della direttiva 2004/113/CE coerente con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria (che ha progressivamente inteso il principio di non discriminazione da regola strumentale all'osservanza del diritto di libera circolazione a diritto fondamentale della persona) e un'interpretazione costituzionalmente orientata del D.Lgs. n° 196/2007 che l'ha recepita (avuto riguardo ai principi affermati negli artt. 2 e 3 Cost. nei termini sopra indicati, con riferimento ai quali non appare giustificabile l'esclusione, dal novero delle discriminazioni fondate sul sesso, di quelle riguardanti l'identità di genere, profilandosi sul punto la necessità di un trattamento omogeneo da garantire con il controllo di ragionevolezza) inducono a ravvisare una discriminazione fondata sul sesso (da intendersi non soltanto nei suoi elementi strettamente biologici, ma anche in quelli psicologici e giuridico-sociali) anche in quella che ha origine nelle questioni riguardanti il genere e che, quindi, possano beneficiare della tutela assicurata dalla citata normativa, oltre che le persone discriminate in ragione dell'aver conseguito la rettificazione del sesso anagrafico, anche quelle che lo sono per aver iniziato la transizione diretta all'acquisizione di una nuova identità di genere e quelle che, pur sentendo di non appartenere al sesso biologico loro assegnato alla nascita, abbiano costruito una diversa identità di genere, limitandosi ad adeguare in modo significativo l'aspetto corporeo e a presentarsi nelle relazioni sociali come appartenente al sesso percepito, senza, quindi, modificare i caratteri sessuali primari, tanto più ove si consideri che proprio nella fase di transizione, nonché nei casi in cui l'incongruenza tra la percezione interiore e il dato biologico non viene ricondotta, con il cambiamento di sesso, a uno dei due termini della dualità uomo/donna, che è maggiore l'esposizione a disapprovazione sociale e, quindi, più elevata è la probabilità di trattamenti sfavorevoli nelle relazioni con i terzi, ivi compreso, per quanto qui rileva, l'accesso a beni e servizi (sul punto v. le conclusioni rassegnate nella menzionata causa C-13/94 P.c. S. e Cornwall County Council dall'Avvocato generale, il quale nella circostanza ebbe ad affermare che "è necessario superare la tradizionale classificazione e riconoscere che, in aggiunta alla dicotomia uomo/donna, esiste uno spettro di caratteristiche, ruoli e comportamenti condivisi tra uomini e donne, cosicché il sesso stesso dovrebbe essere piuttosto concepito come un continuum. Da questo punto di vista è chiaro che sarebbe ingiusto continuare a trattare come illegittimi solamente gli atti di discriminazione fondati sul sesso che sono riferiti agli uomini e donne nel significato tradizionale attribuito a questi termini e rifiutare nel contempo di proteggere coloro che sono trattati in maniera svantaggiosa proprio in ragione del loro sesso e/o della loro identità sessuale").

Del resto, se l'identità di genere si riferisce all'intima e profonda percezione che ogni persona ha del sesso e di sé come appartenente a un certo genere, una disparità di trattamento che ha origine in tale percezione e nelle sue manifestazioni esteriori per forza di cose si traduce in una discriminazione fondata sul sesso.

Alla luce dei rilievi svolti non vi è, dunque, ragione di procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE di cui al verbale di udienza dd. 17.5.2018.

Per quanto poi attiene all'effettiva riferibilità dell'azionata tutela antidiscriminatoria alla condizione soggettiva di parte ricorrente, deve essere rilevato che quest'ultima non si è limitata a dedurre il proprio essere transgender, ossia persona di sesso biologico maschile, ma che sente di appartenere al genere femminile, ma ha altresì dimostrato un'effettiva esteriorizzazione della percepita dimensione identitaria.

Risulta per tabulas che a metà settembre 2016 XXXXXXXX ebbe a inviare per posta elettronica alla YYYYYYYY copia della sua nuova carta d'identità recante una fotografia che, diversamente da quella allegata al documento d'identità trasmesso a controparte a metà agosto, ne raffigurava sembianze femminili, e che nella documentata corrispondenza intrattenuta ante causam, per il tramite del proprio legale, con XXXXXXXX, la YYYYYYYY ne ha sempre declinato al femminile la persona (le allegate missive risultano inviate, fra l'altro, alla "gentile signora dott.ssa XXXXXXXX XXXXXXXX"), ciò di per sé attestan-

do l'assunzione, da parte ricorrente, di un'immagine corrispondente a quella del sesso di appartenenza nell'ambito delle relazioni sociali.

Inoltre nel certificato dd. 16.1.2016 a firma di un medico psichiatra in servizio alla ASL 3 di Genova (la cui produzione in prima udienza - peraltro dipesa dalla inattesa, perché contrastante con la detta corrispondenza, contestazione svolta da YYYYYYYY nel suo primo scritto difensivo in ordine alla qualità di "persona transgender" di controparte - va ritenuta tempestiva in difetto di specifiche preclusioni processuali [v. Cass., n° 25547/15] e del cui contenuto non vi è ragione di dubitare, stante la provenienza da struttura del servizio pubblico nazionale, oltretutto in epoca anteriore alla vicenda oggetto di causa, ciò significando che non ne è stato chiesto e conseguito il rilascio in funzione del presente giudizio) si attesta che XXXXXXXX "a circa 7/8 anni si sentiva si identificava come una femmina, affermando una difficoltà nella percezione del proprio corpo" e che presenta "disturbo d'identità di genere" in difetto di "aspetti psicopatologici significativi o tali da controindicare l'inizio del trattamento ormonale", il che, valutato in uno al "referto specialistico ambulatoriale" dd. 29.11.2016, ove viene fatto riferimento a un "trattamento ormonale" per disforia di genere, induce a ritenere che parte ricorrente abbia da tempo iniziato un percorso medico-psicologico funzionale al ricongiungimento tra 'soma e psiche', il cui momento conclusivo "è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più esclusiva della personalità" (così la già citata Cass., n° 15138/15), e che comunque già all'epoca dei fatti le fosse effettivamente riferibile quella condizione soggettiva che, secondo la prospettazione esposta nell'atto introduttivo, avrebbe originato il denunciato trattamento discriminatorio.

b. la ripartizione dell'onere probatorio

Per le ragioni esposte nel caso di specie sono, dunque, applicabili le disposizioni di cui al D.lgs. n° 198/2006, ivi compreso l'art. 55 sexies, che recita "quando il ricorrente, anche nei casi di cui all'articolo 55-septies, deduce in giudizio elementi di fatto idonei a presumere la violazione del divieto di cui all'articolo 55-ter, spetta al convenuto l'onere di provare che non vi è stata la violazione del medesimo divieto"; di analogo tenore è il 4° co. dell'art. 28 ("delle controversie in materia di discriminazione"), Decreto Legislativo 1° settembre 2011, n° 150, ove si stabilisce che "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione".

Tali disposizioni risultano così formulate in ragione di quanto riportato nel "considerando" n° 22 della direttiva 2004/113/CE (che recita "le norme in materia di onere della prova dovrebbero essere adeguate quando vi sia una presunzione di discriminazione e per l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento; l'onere della prova dovrebbe essere posto a carico della parte convenuta nel caso in cui siffatta discriminazione sia dimostrata") e del contenuto dell'art. 9, par. 1, della medesima direttiva, per effetto del quale "gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché le persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento".

Le citate disposizioni interne vanno, dunque, interpretate in termini tali da assicurare un'effettiva agevolazione probatoria al soggetto che denuncia una condotta discriminatoria.

Al riguardo nella giurisprudenza di legittimità (v. Cass., n° 14206/13) si è ritenuto, in ordine ad altra analoga norma (v. art. 40 D.lgs. n° 198/06 "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246"), che il preteso discriminato beneficia di un "alleggerimento del carico probatorio", nel senso che lo stesso è tenuto ad allegare elementi di fatto da cui possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo, ciò solo comportando per la parte convenuta l'onere di dimostrarne l'insussistenza.

Considerato poi che sul punto in questione talune disposizioni di testi normativi che recepiscono direttive comunitarie contro le discriminazioni si riferiscono alle presunzioni di cui all'art. 2729 c.c. (v. art. 4, D.Lgs. n° 215/03 e art. 4, D.Lgs. n° 216/03); che per effetto dell'art. 40 D.Lgs. n° 198/06 l'onere del convenuto di provare l'insussistenza della discriminazione è ravvisabile "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto...idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori"; che, venendo in rilievo direttive comunitarie con contenuto precettivo analogo e medesima ratio, è opportuno interpretare le varie disposizioni in modo da individuare un'uniforme disciplina della ripartizione dell'onere probatorio, appare pienamente condivisibile, avuto riguardo alla finalità del legislatore comunitario di garantire all'asserito discriminato un'effettiva agevolazione probatoria, l'impostazione interpretativa adottata da recente giurisprudenza di merito (Corte Appello Trento n° 14 dd. 23.2.2017, fondatamente richiamata e allegata da parte ricorrente), secondo cui "l'idoneità dei fatti allegati a fondare la presunzione di discriminazione è dun-

que normativamente individuata nella ‘precisione’ e nella ‘concordanza’ delle circostanze, senza che sia necessaria la ‘gravità’ ex art. 2729 c.c.”; l’inversione dell’onere si colloca, pertanto, in un punto del ragionamento presuntivo “anteriore” rispetto alla completa realizzazione di tutto l’iter imposto dalla citata disposizione codicistica, giacché, diversamente opinando, “verrebbe in ogni caso addossata a chi agisce per la tutela la prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva”; gli elementi di fatto dedotti dal preteso discriminato “devono quindi essere precisi e concordanti e avere un significato intrinseco che autorizzi a ritenere plausibile la discriminazione”, non risultando, invece, necessario che tali fatti esauriscano “ogni possibile significato e siano incompatibili con una diversa conclusione”; di conseguenza, “il possibile diverso significato dei fatti allegati (e provati se contestati) deve essere dimostrato dal soggetto indicato quale autore della discriminazione”, restando a carico di quest’ultimo l’onere di “dimostrare la presenza di altre circostanze (anteriori, concomitanti ecc.), che tolgono, neutralizzano, impediscono di attribuire ai fatti allegati il significato che viene ad essi ascritto e che è compatibile con il dato di esperienza. Se quest’onere non viene assolto, l’atto discriminatorio va ritenuto provato benché gli elementi di fatto allegati non integrino una prova piena ma lascino un margine di incertezza e quindi siano suscettibili di essere diversamente interpretati”.

c. i rapporti intercorsi tra le parti

I fatti allegati in ricorso e documentati nei relativi allegati appaiono effettivamente rappresentativi di una connotazione discriminatoria della condotta tenuta da YYYYYYYY nell’ambito delle trattative intercorse con parte ricorrente tra l’agosto e il settembre 2016 in vista della conclusione di un contratto di locazione relativo alla stanza D.3 dell’immobile sito in Trento, via VVVVVV n° 39 di proprietà della convenuta.

Come già esposto nell’iniziale parte narrativa, XXXXXXXX ha dedotto di aver contattato, a metà agosto 2016, l’agenzia CCCCCC, in persona di PPPPPP PPPPPP, perché interessata, unitamente all’amica WWWWWW, alla conduzione in locazione del detto alloggio; di avere nella circostanza fatto presente di essere sviluppatrice di software e di aver espressamente chiesto se ciò impediva la stipulazione del contratto alla PPPPPP; di esserle stato assicurato dalla PPPPPP, dopo consultazione con la proprietà, che la mancanza dello status di studentessa non era condizione ostativa alla conclusione dell’affare; di aver successivamente seguito le istruzioni per bloccare la stanza, provvedendo alla compilazione, alla sottoscrizione e all’invio di un modulo denominato “preliminare”, allegandovi sia la prova documentale del pagamento dell’importo € 1.042,00 alla YYYYYYYY a titolo di caparra e dell’importo di € 402,60 alla CCCCCC come “costi una tantum”, sia (su indicazione della PPPPPP) la visura camerale relativa alla propria società, il tutto dopo aver nuovamente ribadito di non essere studentessa; di aver inviato il 16 settembre alla YYYYYYYY copia della carta d’identità rilasciata qualche giorno prima, cui era allegata una foto che la ritraeva con apparenze femminili, a differenza di quella riportata nel documento trasmesso in precedenza alla detta società, ove era raffigurata con sembianze maschili; di aver ricevuto dalla YYYYYYYY nella stessa giornata il contratto di locazione con i propri dati, oltre a varia documentazione accessoria; di essere stata informata, dieci giorni dopo, quindi il 26 settembre, che la consegna dell’alloggio sarebbe stata effettuata il 1° ottobre; di aver ricevuto il 29 settembre una telefonata dalla PPPPPP, da cui nella circostanza apprendeva che in YYYYYYYY aveva suscitato perplessità il fatto che le due foto allegate ai detti documenti d’identità raffigurassero “persone diverse”; di aver allora reso noto il proprio status di persona transgender alla PPPPPP, la quale le aveva fatto presente che alla YYYYYYYY tendevano a essere selettivi e che FFFFFFFF, responsabile commerciale della società, era persona “all’antica” e temeva un uso improprio del locale, per poi aggiungere che il predetto aveva altresì rilevato l’assenza di iscrizione universitaria; di aver il giorno stesso incontrato il FFFFFFFF, il quale nell’occasione aveva fatto esclusivo riferimento alla mancanza della detta iscrizione, chiedendo se fosse possibile effettuarla; di non aver poi conseguito la materiale disponibilità dell’alloggio soltanto in ragione della propria condizione di persona trans, e non per l’assenza di iscrizione universitaria.

Tale prospettiva - secondo la quale, quindi, YYYYYYYY si sarebbe determinata a non stipulare il contratto di locazione in ragione della detta condizione soggettiva di XXXXXXXX, il che, risolvendosi in un trattamento di sfavore rispetto a quello che sarebbe stato riservato a persona non portatrice di contrasto tra l’identità di genere e il sesso cromosomico, è qualificabile in termini di discriminazione diretta fondata sul sesso per le ragioni sopra esposte - trova conforto nel documentato contenuto di alcuni messaggi whatsapp intercorsi nell’agosto e nel settembre 2016 tra XXXXXXXX e PPPPPP PPPPPP, sia in ordine all’assunto secondo cui sino al 29 settembre l’iscrizione universitaria non era stata ritenuta essenziale ai fini della stipulazione del contratto di locazione, sia in relazione al fatto che a fine settembre la condizione di transgender di XXXXXXXX è stata oggetto di discussione tra la stessa parte ricorrente e la PPPPPP, nonché tra quest’ultima e FFFFFFFF, responsabile commerciale di YYYYYYYY.

Con riguardo alla prima questione va tenuto presente che:

(i) nel rispondere a XXXXXXXX, che alle ore 16,09 del 16 agosto, in relazione alle istruzioni da seguire per la locazione dell'alloggio oggetto di causa, chiedeva "...Se mi conferma che le stanze sono ancora libere e che non è un problema riguardo all'iscrizione all'università, proseguiamo col pagamento", la PPPPPPP rispondeva "certo! Procedi pure. Segui le indicazioni nel preliminare!!" (v. doc. n° 5 di parte ricorrente);

(ii) a fronte della successiva domanda di XXXXXXXX "iscrizione all'università quindi non la allego?", la PPPPPPP rispondeva "esatto. Mettici un contratto di lavoro se lo hai", per poi rispondere "ok" a XXXXXXXX che scriveva "ho una SRL semplificata. Allego la visura ok?" (v. doc. n° 5 di parte ricorrente);

(iii) alle ore 7,45 del 30/9 XXXXXXXX chiedeva "e riguardo alla loro risposta quando avevi inoltrato la mia domanda se ci fossero problemi per via della mia non iscrizione?"; alle ore 8,16 PPPPPPP rispondeva "all'inizio non avevano detto nulla del fatto che non è arrivata la tua iscrizione ma la visura, ieri sera non mi hanno detto più nulla ma ho pensato cosa potrebbero dire se ti iscrivi solo a un corso singolo...direbbero che è fatto apposta e che serve per l'iscrizione x per il tempo del contratto..." (v. doc. n° 5 di parte ricorrente);

(iv) la conversazione proseguiva poi sull'opportunità di procedere a un'iscrizione a singoli corsi universitari, di cui si valutavano fattibilità e costi, ciò significando che sino ad allora nei contatti XXXXXXXX/PPPPPPP la detta iscrizione non era stata ritenuta condizione imprescindibile per acquisire la disponibilità dell'alloggio (v. doc. n° 23 di parte ricorrente);

(v) nel messaggio delle ore 15,45 del 30/9 PPPPPPP, con riguardo alla possibilità che XXXXXXXX optasse per una diversa soluzione abitativa prospettata da YYYYYYYY in alternativa all'immobile oggetto di causa, asseriva "pretendi che faccia un prezzo più basso di quello che propone, visto che è lui [FFFFFFF, n.e.] che cambia le carte in tavola" (v. doc. n° 22 di parte ricorrente), con ciò evidentemente alludendo a una considerazione - imprevista e differente rispetto a quella precedente - ascritta da YYYYYYYY all'iscrizione universitaria, essendo incontrovertibile che la mancanza di tale iscrizione è stata l'unica condizione ostativa alla stipulazione del contratto espressamente dedotta da parte convenuta, di talché "il cambio di carte in tavola" menzionato dalla PPPPPPP non può che essere consistito nella richiesta della detta iscrizione, ritenuta superflua dalla società convenuta sino al 29 settembre;

(vi) nello stesso depono il messaggio delle ore 20,40 del 29/9 ("quindi se trovi un modo di dichiararti studente loro non hanno più carte da giocare"), in quanto sembra sottintendere una contrarietà di YYYYYYYY alla conclusione dell'affare per un motivo ulteriore e diverso da quello della mancanza dell'iscrizione universitaria, ma non spendibile apertis verbis, ragion per cui appare attestare la natura sostanzialmente cavillosa della rilevata lacuna.

Nel corso della sua seconda testimonianza del 17.5.2018 la PPPPPPP non ha indicato validi e convincenti elementi contrari ai detti rilievi, atteso che, in ordine ai citati messaggi, si è limitata ad affermare "non ricordo cosa intendevo dire", con ciò rendendo una dichiarazione che appare assai poco credibile e, quindi, reticente, ove solo si considerino le particolari modalità di svolgimento dell'intera vicenda, le conseguenze che ne sono derivate e anche il suo diretto coinvolgimento.

Il tenore degli acquisiti messaggi (in nessuno dei quali la PPPPPPP ha fatto presente a parte ricorrente di averla sin dall'inizio resa edotta della necessità dell'iscrizione universitaria e che, quindi, non aveva alcuna ragione di dolersi della contrarietà di YYYYYYYY alla formalizzazione dell'accordo in difetto della detta iscrizione) va valutato in uno alla condotta della società convenuta, la quale ebbe a incassare e a trattenere la somma di € 1.042,00 versatale da XXXXXXXX quale "caparra affitto appartamento TN_VNN39_D3-preliminare 3000" (con ciò consentendo a parte ricorrente di assumere l'impegno "a firmare il contratto di locazione", secondo quanto riportato nel modulo cd. "preliminare") nella piena consapevolezza che, al momento dell'espletamento dei veri incombeni indicati dalla PPPPPPP, XXXXXXXX difettava dello status di studente (la circostanza è incontrovertibile), tant'è che in luogo della richiesta certificazione d'iscrizione universitaria, aveva allegato una visura camerale che, documentandone la veste di socio e amministratore unico di srl costituita il 23.1.2013, dunque in epoca successiva al rilascio della carta d'identità, parimenti allegata, ne attestava la qualità di soggetto dedito ad attività lavorativa da oltre tre anni, con conseguente irrilevanza, ai fini per cui si procede, della veste di studente riportata nel detto documento d'identità risalente al 2012.

Il contenuto di alcuni messaggi whatsapp documentato in atti induce altresì a ritenere che prima dell'incontro del 29 settembre era stato realmente oggetto di discussione il fatto che nella fotografia allegata alla carta d'identità inviata alla YYYYYYYY a metà agosto XXXXXXXX aveva un aspetto maschile, mentre nella fotografia della carta d'identità trasmessa alla convenuta dopo circa un mese appariva senza barba e con un'acconciatura di capelli decisamente femminile.

Ciò lo si desume in primo luogo dalla conversazione telematica intercorsa tra XXXXXXXX e PPPPPPP dalle ore 7,46 e alle ore 8,25 del 30 settembre.

A fronte delle domande di XXXXXXXX ("riguardo la 'foto e riguardo l'attività 'impropria degli spazi/il decoro cos'aveva detto?"; "e riguardo la loro risposta quando avevi inoltrato la mia domanda se ci fossero problemi per via della mia non-iscrizione"), la PPPPPPP affermava "all'inizio non avevano

detto nulla del fatto che non è arrivata la tua iscrizione ma la visura”, con ciò rispondendo, quindi, in ordine all’iscrizione; subito dopo aggiungeva, nello stesso messaggio, “ieri sera non mi hanno detto più nulla ma ho pensato cosa potrebbero dire se ti iscrivi solo a un corso singolo...direbbero che è fatto apposta e che serve l’iscrizione x per il tempo del contratto”, intendendo verosimilmente fare riferimento con il primo periodo (“ieri sera non mi hanno detto più nulla”) a una questione (ulteriore e diversa da quella relativa all’iscrizione) non dibattuta la sera prima, ma evidentemente discussa in precedenza, il cui oggetto appare identificabile, sia pure non in termini del tutto chiari, nella “foto” menzionata da XXXXXXXX, visto che questa costituiva l’unico ulteriore oggetto dell’altra domanda che era stata posta alla teste.

La scarsa chiarezza della risposta spiega l’immediata ripetizione della domanda sulla “foto” da parte di XXXXXXXX (“e sul fatto che non ero la stessa persona della carta d’identità?”), a cui la PPPPPPP risponde “non hanno ribadito, solo che non sei più studente”.

Stante il significato del verbo “ribadire” e la virgola che lo segue a separarlo dalle parole successive, la teste intese verosimilmente confermare quanto già detto qualche minuto prima, ossia che la sera precedente non si era più parlato della “foto” e che, quindi, il personale YYYYYYYY (da individuare nel responsabile commerciale FFFFFFFF che curava la pratica) nulla aveva “ribadito”, ossia riaffermato, sul punto; il che porta a credere che della questione si era, invece, parlato in precedenza, tant’è che, a fronte del riferimento da parte di XXXXXXXX alla “foto” (di tutta evidenza individuabile in quella allegata al documento d’identità trasmesso a metà settembre, non ravvisandosi elementi di fatto a sostegno di diversa e altrettanto ragionevole interpretazione), la PPPPPPP non manifestò alcuna sorpresa, mostrando di aver ben compreso di quale foto si trattasse, a conferma, quindi, che ella ne aveva già discusso sia con XXXXXXXX, sia (ancora prima) con il FFFFFFFF (nella cui materiale disponibilità erano i due documenti di identità inviati da parte ricorrente).

Di conseguenza, va ritenuta reticente la PPPPPPP allorché, nel deporre all’udienza del 17 maggio 2018, ha dichiarato “non ricordo invece a cosa intese fare riferimento XXXXXXXX con la domanda sulla foto”; dopo una breve sospensione dell’incombente istruttorio disposta in ragione del disagio emotivo palesato in quel frangente e attestato in verbale, la teste, con riguardo al proprio messaggio in cui ha scritto “non hanno ribadito, solo che non sei più studente”, ha affermato “secondo me è un errore, forse intendevo scrivere ‘no, hanno ribadito solo che non sei più studente’; a leggerlo oggi mi viene da dire così, non so all’epoca cosa ho voluto dire”, così dandone un’interpretazione che, per sua stessa ammissione, non è fondata su uno specifico attuale ricordo del fatto e che presuppone il compimento di errori ortografici, sintattici e di punteggiatura.

Parimenti di assai dubbia veridicità risulta la deposizione della PPPPPPP nella parte in cui ha dichiarato che la domanda di XXXXXXXX relativa alla “attività impropria degli spazi” riguardò “il fatto che per YYYYYYYY non andava bene che dell’immobile potesse essere fatto un uso promiscuo, come abitazione, come ufficio”, avendo con ciò la teste fatto riferimento a una destinazione dell’alloggio per ufficio che non risulta essere mai stata ipotizzata da XXXXXXXX, né censurata da YYYYYYYY, di talché è plausibile collegare la preoccupazione della società convenuta per l’“uso” dell’immobile, implicitamente confermata dalla PPPPPPP, alla condizione soggettiva di parte ricorrente, verosimilmente venuta in rilievo allorché in YYYYYYYY fu notata la differenza fra la foto della carta d’identità inviata a metà agosto e quella allegata alla carta d’identità trasmessa a metà settembre.

In tal senso depongono, oltre ai citati messaggi della mattina del 30 settembre, altri tre messaggi inviati dalla PPPPPPP a parte ricorrente il pomeriggio dello stesso giorno - quello delle ore 15,39 (“Andrea, non aver timore, e pretendi rispetto!”); quello di due minuti dopo (“Non rispondere se ti fa domande personali, rimettilo al suo posto”); e quello delle ore 15,50 (“E poi però se lo prendi ricordati che io ho garantito x voi...gli ho detto che con i vostri comportamenti responsabili sarete voi stesse a dimostrare loro quanto si stanno sbagliando”) - atteso che, letti anche in relazione alla questione “foto”, appaiono tutti allusivi, in difetto di elementi di segno contrario, a modi di essere e di agire ragionevolmente riferibili, nelle intenzioni della mittente, al fatto che in precedenza fosse stata presa in considerazione la condizione di transgender di XXXXXXXX, desumibile dal confronto fra le due fotografie allegate ai due documenti d’identità trasmessi a YYYYYYYY.

Tale collegamento logico, con riguardo al messaggio delle ore 15,41, è stato, di fatto, confermato dalla PPPPPPP nel corso della deposizione del 28 settembre 2017, sia pure in relazione non già a quanto in precedenza esposte sul punto dal FFFFFFFF (nella circostanza la PPPPPPP ha, infatti, sostenuto “su tale condizione soggettiva [quella di transgender, n.e.] di XXXXXXXX il FFFFFFFF non mi ha mai detto nulla”; e ciò ha ribadito anche nella deposizione del 17 maggio 2018), ma per quanto riferitole dalla stessa parte ricorrente, avendo la teste affermato di averlo scritto “perché XXXXXXXX mi aveva fatto credere di essersi trovata, nella vicenda oggetto di causa, in una situazione di svantaggio solo a causa della sua condizione personale di transgender”; affermazione, questa, che però appare poco credibile, ove si consideri che i contatti con il FFFFFFFF che hanno poi portato all’incontro a tre (FFFFFFF/PPPPPP/XXXXXX) del 29/9 sono stati tenuti dalla PPPPPPP (la circostanza è incontroversa), la quale, di conse-

guenza, doveva essere edotta delle reali ragioni impeditive della consegna dell'alloggio per YYYYYYYY e, quindi, era senz'altro nelle condizioni di confutare la detta convinzione di XXXXXXXX, ove effettivamente infondata; ciò nondimeno nessun messaggio della PPPPPPP, fra quelli documentati in atti, appare diretto a persuadere parte ricorrente dell'insussistenza di qualsivoglia connotazione discriminatoria nella determinazione di YYYYYYYY, in persona del suo responsabile commerciale FFFFFFFF, di non addivenire alla conclusione dell'affare in difetto di iscrizione universitaria.

Parimenti poco credibile appare la PPPPPPP quando ha spiegato il citato messaggio delle ore 15,50, affermando che intese riferirsi "al fatto che FFFFFFFF aveva detto che non erano affidabili [XXXXXXX e l'amica WWWWWW, n.e.], perché dicevano una cosa e ne facevano un'altra con riferimento all'iscrizione universitaria", visto che sotto questo profilo alcuna criticità è mai emersa in ordine alla WWWWWW, né consta che parte ricorrente abbia mai garantito la sua iscrizione universitaria; di talché, tenuto conto dei menzionati messaggi della mattinata del 30/9 relativi alla foto, appare molto più ragionevole ritenere che la "garanzia" della PPPPPPP si riferisse ai timori manifestati dal FFFFFFFF in ordine alle modalità d'utilizzazione dell'immobile, probabilmente connessi a quei ricorrenti pregiudizi sociali nei confronti degli individui che non si conformano alle tradizionali norme del sesso e del genere.

In sostanza, una valutazione delle menzionate risultanze istruttorie in coordinazione tra loro induce a ritenere che la condizione di transgender di XXXXXXXX sia stata oggetto di discussione tra FFFFFFFF e PPPPPPP e che, quindi, sia di dubbia veridicità la deposizione di quest'ultima laddove ha affermato "su tale condizione personale di XXXXXXXX il FFFFFFFF non mi ha mai detto nulla", di talché, avuto riguardo anche alle altre incongruenze sopra evidenziate, vi è ragione di trasmettere gli atti al Pubblico Ministero, che provvederà a valutare se la testimonianza de qua sia riconducibile nel campo applicativo dell'art. 372 c.p.c..

Considerato poi che i contatti preparatori dell'incontro del 29/9 sono stati tenuti dalla PPPPPPP con il FFFFFFFF (la circostanza è incontroversa); che dalle menzionate risultanze documentali può desumersi che nel corso di quei contatti fu oggetto di discussione, in relazione alla programmata stipulazione del contratto di locazione, il fatto che nelle fotografie allegate alle due diverse carte d'identità inviate a YYYYYYYY parte ricorrente fosse raffigurata con sembianze maschili in quella più risalente e con apparenze femminili in quella più recente; che, nel deporre in udienza, il FFFFFFFF ha dichiarato "avevo notato che ai due documenti di identità erano allegate due foto diverse, ma non avevo dato alcun peso al fatto che in una XXXXXXXX avesse i capelli corti e nell'altra i capelli lunghi", con ciò implicitamente negando che sia stato lui a innescare la successiva discussione sul punto in questione con la PPPPPPP, come, invece, sembra desumersi da una complessiva valutazione delle menzionate risultanze documentali, si impone la trasmissione, all'organo inquirente per le determinazioni di competenza, anche del verbale della deposizione resa dal predetto teste.

Per tutto quanto esposto può, dunque, ritenersi che, come richiesto dall'art. 28 D.lgs. n° 150/11 e dall'art. 55 sexies del D.lgs. n° 198/06, XXXXXXXX ha dedotto e provato elementi di fatto da cui desumere che la mancata sua iscrizione universitaria, essendo nota ab initio a YYYYYYYY e non ritenuta da questa ostativa alla conclusione dell'affare per tutto il corso delle trattative, sia stata dedotta a fine settembre solo pretestuosamente quale condizione impeditiva della consegna dell'alloggio e che, in realtà, il contratto di locazione non sia stato stipulato per la propria condizione di transgender, con conseguente violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 55 ter del citato D.lgs. n° 198/06.

Di conseguenza, spettava alla società convenuta provare l'insussistenza della detta violazione.

Tale onere probatorio non appare adeguatamente assolto.

Devesi in primo luogo rilevare che a sostegno della prospettazione svolta da parte convenuta in comparsa di costituzione non sovengono le deposizioni dei testi FFFFFFFF e PPPPPPP, sia perché la ritenuta dubbia veridicità delle dichiarazioni da loro rese in ordine all'effettiva rilevanza attribuita nel corso delle trattative alle fotografie di XXXXXXXX allegate alle due carte d'identità ne inficia irrimediabilmente la credibilità soggettiva anche in ordine alle altre circostanze di fatto (e in particolare laddove l'uno ha riferito di aver fatto presente alla PPPPPPP a metà agosto che "l'iscrizione era necessaria solo al momento della sottoscrizione del contratto e che quindi in quel momento la mancanza non impediva la prosecuzione della trattativa" e che "la successiva persistente mancanza di iscrizione non avrebbe però consentito la stipulazione del contratto, in quanto si trattava di alloggi riservati soltanto a studenti"; e nella parte in cui l'altra ha dichiarato di aver detto a XXXXXXXX "che si poteva andare avanti nella trattativa se si fosse iscritto all'università", affermazione che peraltro contrasta, come sopra evidenziato, con i documentati messaggi whatsapp), sia perché la loro intrinseca attendibilità è oltretutto significativamente minata dal comune diretto coinvolgimento nella vicenda oggetto di causa, ove si consideri (i) che, stando alla prospettazione svolta in ricorso, fu proprio il FFFFFFFF a esprimere "perplexità" alla PPPPPPP in ordine alla condizione soggettiva di XXXXXXXX desumibile dalle dette foto (assunto che sembra confermato dagli elementi probatori sopra esaminati), il che di per sé gli attribuiva un interesse che avrebbe potuto legittimarne la partecipazione al presente giudizio quale eventuale ulteriore destinatario dell'azionata pretesa risarcitoria, oltre che renderlo comunque passibile di eventuali azioni di

regresso o anche soltanto di provvedimenti disciplinari da parte di YYYYYYYY; (ii) che parimenti la P P P P P P P appare tutt'altro che disinteressata all'esito del procedimento, potenzialmente foriero di ripercussioni negative sul suo rapporto professionale con YYYYYYYY, potendo esserle imputata un'imperita e negligente gestione della trattativa contrattuale oggetto di causa.

Va poi considerato, da un lato, che, come fondatamente eccepito dalla difesa di parte ricorrente, lo status di studente universitario del conduttore non era elemento essenziale del contratto di locazione, né sul piano soggettivo, non risultando espressamente menzionato nel regolamento negoziale tipo predisposto da YYYYYYYY, né sul piano oggettivo, stante l'espresso riferimento ivi contenuto al 1°, e non al 2° co., dell'art. 5 ("contratti di natura transitoria"), legge n° 431/98; e dall'altro che, diversamente da quanto esposto dalla YYYYYYYY sul proprio sito (ove l'utenza era limitata ai soli "studenti"), le unità immobiliari ubicate nel fabbricato di via V V V V V V denominato "Residenza Universitaria 2.0" erano destinate, secondo l'annuncio pubblicitario predisposto dalla P P P P P P P, ma indirettamente riferibile anche a YYYYYYYY (in quanto quest'ultima, che si avvaleva dell'operato dell'agenzia C C C C C C C per il reperimento di potenziali conduttori, era a conoscenza del detto annuncio, come si desume dalla deposizione della teste G G G G G G, e, per quanto consta, non ebbe mai ad attivarsi per conseguirne una modifica nella parte relativa all'indicazione della "utenza", con ciò, di fatto, condividendone l'ampliamento effettuato dalla detta agenzia), anche a "dottorandi" e "ricercatori", locuzione, quest'ultima, non accompagnata dall'aggettivo "universitari", sicché idonea a indicare un'ampia categoria a cui, poteva essere ricondotta anche la figura professionale di X X X X X X X ("sviluppatore di software" e titolare di impresa artigiana, iscritta al registro imprese "nell'apposita sezione speciale in qualità di start-up innovativa" e dedita, fra l'altro, a "gestione processi di informatizzazione e innovazione delle tecniche di gestione aziendale", stando all'oggetto sociale riportato nell'allegata visura camerale in disponibilità di YYYYYYYY sin dalla metà di agosto 2016) in base a un'interpretazione estensiva della nozione di ricercatori riportata nella "raccomandazione della Commissione dell'11 marzo 2005 riguardante la Carta europea dei ricercatori e un codice di condotta per l'assunzione dei ricercatori", ove sono definiti come "professionisti impegnati nella concezione o nella creazione di nuove conoscenze, prodotti, processi, metodi e sistemi nuovi e nella gestione dei progetti interessati".

Non appare poi ascrivibile decisivo rilievo contrario alla prospettazione svolta in ricorso al fatto che nell'allegato testo contrattuale fosse fatto riferimento a un uso dell'immobile da parte del conduttore "per motivi di studio", sia perché nulla avrebbe impedito di modificare tale causale dello schema contrattuale tipo all'atto della stipulazione per adeguarlo all'effettiva situazione personale di parte ricorrente; sia perché l'attività di quest'ultima poteva effettivamente anche rientrare in una ampia nozione di studio e ricerca e, quindi, essere ugualmente valorizzata, con il supporto di documentazione in grado di attestarne le modalità di svolgimento in un determinato arco temporale, quale causa giustificativa di un uso transitorio dell'immobile; sia comunque perché YYYYYYYY non aveva ragione di credere che X X X X X X X fosse "studente", visto che già ad agosto ne aveva ricevuto una visura camerale che ne attestava lo svolgimento di attività lavorativa da oltre tre anni (quindi in epoca successiva al rilascio della carta d'identità risalente al 2012, ove era fatto riferimento alla detta veste), e non anche certificazione idonea a documentarne l'iscrizione universitaria (che, peraltro, secondo le "istruzioni per bloccare appartamento" riportate nel modulo predisposto dalla P P P P P P P, doveva essere trasmessa, unitamente ad altra documentazione, "entro due giorni" dal versamento degli importi richiesti).

Avendo, ciò nonostante, YYYYYYYY incassato e trattenuto la caparra - il cui versamento impegnava il cliente a stipulare il contratto di locazione, secondo quanto riportato nel detto modulo, ove si precisava altresì che, in caso di diversa determinazione, la somma non sarebbe stata restituita, di talché dalla sottoscrizione del modulo derivavano effetti giuridici anche per YYYYYYYY, nella misura in cui le consentiva di trattenere l'importo nell'eventualità in cui il potenziale conduttore non avesse tenuto fede all'-, inviato prima il contratto tipo, poi quello personalizzato con i dati di parte ricorrente, e soprattutto garantito l'"effetto prenotativo" dell'invio del modulo e del pagamento degli importi richiesti, nel senso che l'alloggio venne effettivamente riservato a X X X X X X X e all'amica W W W W W W W, tant'è che a fine settembre vennero anche indicati i tempi della relativa consegna, il tutto senza aver ricevuto medio tempore alcuna assicurazione che prima della stipulazione del contratto sarebbe sopravvenuta l'iscrizione universitaria, vi è ragione di ritenere che la società convenuta ebbe, di fatto, a considerare non decisiva tale iscrizione; come peraltro affermato in epoca non sospetta dalla P P P P P P P nei messaggi sopra menzionati del pomeriggio del 16/8 (in cui spiegava a X X X X X X X che non fosse necessaria l'iscrizione universitaria, tant'è che la sollecitava prima ad allegare "un contratto di lavoro" e poi la visura camerale della "SRL semplificata" di cui parte ricorrente era socia), di quello delle ore 8,16 del 30/9 ("all'inizio non avevano detto nulla del fatto che non è arrivata la tua iscrizione ma la visura...", il che contrasta con la versione esposta in udienza, secondo cui "sin dall'inizio F F F F F F F aveva detto che fosse necessaria l'iscrizione al momento della stipulazione del contratto"), e di quello delle ore 15,45 del 30/9 ("pretendi che faccia un prezzo più basso di quello che propone, visto che è lui [F F F F F F F, n.e.] che

cambia le carte in tavola”), tutti allusivi a un’intesa per la successiva formalizzazione del contratto di locazione indipendentemente dall’iscrizione universitaria.

Il che peraltro appare coerente con la condotta tenuta dalla società convenuta in vista della locazione degli altri alloggi del fabbricato sito in via VVVVVV.

Infatti, per quanto emerso in corso di causa, svariati conduttori (*****) hanno documentato la loro iscrizione universitaria soltanto nell’anno 2017 e oltretutto su espressa richiesta inviata da YYYYYYYY dopo la notificazione del ricorso introduttivo, ciò significando che all’epoca della sottoscrizione dei detti contratti e nei mesi immediatamente successivi la società convenuta non aveva acquisito alcuna prova documentale della loro iscrizione all’università, né (una volta ritenuta inattendibile la deposizione del teste FFFFFFFF) risulta provato aliunde che la sussistenza di tale requisito fosse accertata in altro modo prima della formalizzazione dell’accordo negoziale.

A riprova che l’iscrizione universitaria del conduttore non era condizione imprescindibile per la locazione dell’unità abitativa e che prima della sottoscrizione del regolamento negoziale la società convenuta non effettuava specifici accertamenti sul punto sovviene la documentazione in atti relativa a tale Graziani Giulia che, sollecitata, come gli altri conduttori, con mail del febbraio 2017 dal personale YYYYYYYY, a documentare la detta iscrizione, rispose di frequentare ancora l’istituto di scuola media superiore, della qual cosa evidentemente YYYYYYYY non era edotta.

Di conseguenza non può dirsi dimostrato che l’occupazione dei detti alloggi da parte di soli studenti, attestata dalla teste GGGGGG, sia stata il risultato di un’effettiva e accurata verifica da parte della società convenuta in ordine all’avvenuta iscrizione universitaria, il che ridimensiona la valenza probatoria del dato in questione, non appearing ascrivibile sul punto decisivo rilievo neppure alle mail allegate da parte convenuta al fine di dimostrare il rigetto delle richieste di locazione proveniente da tre soggetti non studenti, ove si consideri che nulla consta in ordine alla risposta di YYYYYYYY alle richieste di informazioni prodotte come doc. nn. 14 e 15, che, quindi sono sostanzialmente neutre, e che appare parimenti poco significativo il diniego opposto a tale Carmela, trattandosi di pensionata necessitante di alloggio per motivi familiari, dunque di soggetto non riconducibile all’utenza menzionata negli annunci pubblicitari dedotti in atti.

In definitiva, considerato che al 29 settembre la veste di persona dedita ad attività lavorativa di XXXXXXX non costituiva circostanza nuova e diversa rispetto alla situazione di fatto palesata a metà agosto, quando YYYYYYYY, pur sapendo, in ragione della visura camerale che le era stata trasmessa, che parte ricorrente aveva un’occupazione lavorativa e non era iscritta all’università (tale consapevolezza la si desume anche dalla deposizione del FFFFFFFF), consentì l’espletamento delle operazioni necessarie per “bloccare” l’alloggio (senza aver, per quanto consta, né ricevuto alcuna assicurazione che l’iscrizione sarebbe stata effettuata prima della consegna dell’unità abitativa, né rimarcato la necessità dell’incombente in questione ai fini della stipulazione del contratto) e che, invece, il quid novi venuto in rilievo a fine settembre, allorché YYYYYYYY ritenne che in difetto di iscrizione universitaria non si potesse procedere alla conclusione del contratto, è rappresentato unicamente dalla conoscenza della condizione soggettiva di transgender di XXXXXXX, che, quindi, in via presuntiva assurge a unico elemento effettivamente ostativo per YYYYYYYY alla locazione dell’alloggio, può ritenersi, alle luce dei rilievi sopra svolti, che la società convenuta, gravata dall’onere di provare l’insussistenza della denunciata discriminazione per le ragioni innanzi esposte, non abbia adeguatamente dimostrato che in una situazione analoga, ovvero a un paio di giorni dalla pattuita consegna del locale e dopo una trattativa nel corso della quale la detta iscrizione non era stata ritenuta essenziale, la stessa decisione sarebbe stata assunta anche nei confronti di persona non transgender, con profilo professionale simile a quello del XXXXXXX, non del tutto incompatibile con la tipologia di utenti (come sopra individuata) cui era destinato l’alloggio in questione; il che consente di ritenere integrata una discriminazione diretta riconducibile nel campo applicativo dell’art. 55 bis, 1° co., D.Lgs. n° 198/06, che la ravvisa “quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un’altra persona in una situazione analoga”.

Nel richiedere espressamente soltanto nella fase finale della trattativa l’iscrizione universitaria di controparte, non ritenuta decisiva sino a quel momento, deducendone, quindi, la mancanza in termini di condizione ostativa alla stipulazione del contratto, con la conseguenza di porre parte ricorrente nella necessità di effettuare la detta iscrizione per la formalizzazione dell’accordo locatizio e, quindi, di prendere in breve termine una decisione che verteva su questione rilevante (quale senz’altro è, anche sul piano economico, la prosecuzione degli studi dopo il conseguimento di una laurea triennale e in concomitanza con lo svolgimento di attività lavorativa) e che XXXXXXX non aveva programmato di assumere in quel momento, YYYYYYYY ha, di fatto, frapposto un ostacolo all’accesso al bene-abitazione alla controparte, con ciò tenendo una condotta che, per quanto detto, appare in rapporto causale con la condizione soggettiva di transgender di XXXXXXX, senza che siano ravvisabili adeguati elementi di prova da cui desumere che, in presenza delle medesime circostanze, analogo contegno sarebbe stato tenuto anche nei confronti di persona priva della detta condizione.

Appare, dunque, fondato, in difetto di idonea prova contraria, addivenire alla conclusione che l'assenza di iscrizione universitaria sia stata solo pretestuosamente indicata quale causa giustificativa del diniego opposto alla conclusione dell'affare e che, non essendosi in precedenza considerata la detta iscrizione come condicio sine qua non per la consegna dell'alloggio, non sia valorizzabile a sostegno della prospettazione di parte convenuta la disponibilità della stessa a stipulare il contratto di locazione ove fosse sopravvenuto il detto requisito mancante nel termine all'uopo assegnato a controparte.

Per tutto quanto detto si deve accertare e dichiarare, in ragione della disposizione normativa da ultimo citata, la natura discriminatoria della condotta tenuta da YYYYYYYY in danno di XXXXXXX nel corso delle trattative dirette alla locazione a uso abitativo di locale all'interno dell'immobile sito in Trento, via VVVVVV n° 39.

d. la quantificazione del danno

Il 5° co., dell'art. 28, D.lgs. n° 150/11 dispone che con l'ordinanza che definisce il giudizio, il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

Il 27° "considerando" della direttiva 2004/113/CE recita "Gli stati membri dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive applicabili in caso di violazione degli obblighi risultanti dalla presente direttiva".

La condotta tenuta da YYYYYYYY ha senz'altro arrecato un pregiudizio non patrimoniale alla parte ricorrente, avendone leso il diritto alla parità di trattamento nell'accesso a un bene essenziale, qual è l'abitazione,

Avuto riguardo, quindi, alla rilevanza di tale bene, diretto a soddisfare una primaria esigenza di vita, all'apprezzabile efficienza lesiva della dignità personale ascrivibile alla ritenuta condotta discriminatoria, alla valenza dissuasiva attribuibile all'importo risarcitorio in ragione di quanto previsto dalla direttiva comunitaria di riferimento, stimasi equo quantificare all'attualità nella misura omnicomprensiva di € 10.000,00 la somma dovuta da YYYYYYYY a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

3. Sulle domande sub E ed F

Tenuto conto che la denunciata condotta illecita ha cessato i suoi effetti e che non ne risultano reiterazioni e considerate le concrete modalità di svolgimento della vicenda, si ritiene che non sussistano le condizioni per l'adozione degli ulteriori provvedimenti sanzionatori richiesti da parte ricorrente ai punti E ed F delle conclusioni rassegnate nell'atto introduttivo.

4. Sulla domanda subordinata sub G

Non consta, infine, che la condotta tenuta da YYYYYYYY nel corso delle trattative contrattuali, seppure non conforme al disposto dell'art. 1337 c.c. (apparendo ingiustificato per quanto esposto il rifiuto di sottoscrivere il contratto di locazione, sulla cui stipulazione parte ricorrente aveva, invece, riposto un affidamento, da ritenere ragionevole alla luce degli acquisiti elementi probatori), abbia arrecato a XXXXXXX un danno non patrimoniale ulteriore e diverso da quello sopra liquidato; e neppure vi è prova di un danno patrimoniale, in relazione al quale valgono le argomentazioni svolte per le domande sub A e C.

La pretesa risarcitoria sub G va, dunque, rigettata.

5. Le spese di lite

La novità dell'esaminata questione di diritto, l'oggettiva controvertibilità delle acquisite risultanze istruttorie e l'accoglimento soltanto parziale delle domande di parte ricorrente sono valorizzabili ai fini di una parziale compensazione delle spese di lite, in misura che appare congruo quantificare in ½; la parte restante, liquidata come da dispositivo in base ai valori medi previsti dal DM n° 55/14 per le cause di valore indeterminabile (tale essendo quella introdotta con domanda di accertamento della sussistenza di condotta discriminatoria), segue la soccombenza e, pertanto, deve gravare sulla società convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, disattesa ogni diversa domanda, istanza, deduzione ed eccezione, così provvede:

- accerta e dichiara la natura discriminatoria della condotta tenuta da YYYYYYYY in danno di XXXXXXXX nel corso delle trattative dirette alla locazione a uso abitativo di locale all'interno dell'immobile sito in Trento, via VVVVVV n° 39;
- per l'effetto condanna YYYYYYYY a pagare, a titolo di risarcimento del danno, a XXXXXXXX la somma di € 10.000,00;
- rigetta le altre domande di parte ricorrente;
- compensa in misura di ½ le spese di lite e condanna YYYYYYYY a rifondere a XXXXXXXX la parte restante, che liquida in € 3.627,00 per compenso, € 143,00 per esborsi, oltre rimborso spese forfetarie del 15%, Iva e Cpa come per legge;
- dispone che copie dei verbali delle udienze del 28.9.2017 e del 17.5.2018, nelle parti relative alle deposizioni rese dai testi P P P P P P P P P P P P P P P P e F F F F F F F F, siano trasmesse, a cura della cancelleria, al Pubblico Ministero in sede per le determinazioni di competenza.

Si dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi, anche indiretti, di parte ricorrente (art. 52 del decreto legislativo 30.06.2003, n. 196). Si comunichi.

Così deciso in Trento in data 31.7.2018

Il giudice dr. G. Barbato

Corte di giustizia dell'Unione europea

Sentenza del 5 giugno 2018

NOZIONE DI "CONIUGE" – AI FINI DELLA LIBERTA' DI CIRCOLAZIONE NELL'AMBIO DELL'UNIONE EUROPEA – MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – SUSSISTENZA

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso rientra nella nozione di coniuge ai fini dell'esercizio della libertà di circolazione nell'ambito dell'Unione europea

Sentenza della Corte (Grande Sezione)
5 giugno 2018 (*)

Nella causa C-673/16,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania), con decisione del 29 novembre 2016, pervenuta in cancelleria il 30 dicembre 2016, nel procedimento

Relu Adrian Coman,
Robert Clabourn Hamilton,
Asociația Accept

contro

Inspectoratul General pentru Imigrări,
Ministerul Afacerilor Interne,

con l'intervento di:
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič (relatore), J.L. da Cruz Vilaça, A. Rosas, C.G. Fernlund e C. Vajda, presidenti di sezione, E. Juhász, A. Arabadjiev, M. Safjan, D. Šváby, M. Berger, E. Jarašiūnas ed E. Regan, giudici,
avvocato generale: M. Wathelet
cancelliere: R. Șereș, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 21 novembre 2017,
considerate le osservazioni presentate:

- per R.A. Coman e R.C. Hamilton, da R. Iordache e R. Wintemute, consiglieri, nonché da R.-I. Ionescu, avocat;
- per la Asociația Accept, da R. Iordache e R. Wintemute, consiglieri, nonché da R.-I. Ionescu, avocat, assistiti da J.F. MacLennan, solicitor;
- per il governo rumeno, inizialmente da R.-H. Radu nonché da C. M. Florescu, E. Gane e R. Mangu, poi da C.-R. Canțar nonché da C. M. Florescu, E. Gane e R. Mangu, in qualità di agenti;
- per il Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, da C.F. Asztalos, M. Roșu e C. Vlad, in qualità di agenti;
- per il governo lettone, da I. Kucina e V. Soņeca, in qualità di agenti;
- per il governo ungherese, da M.Z. Fehér, G. Koós e M.M. Tátrai, in qualità di agenti;
- per il governo dei Paesi Bassi, da M.A.M. de Ree e K. Bulterman, in qualità di agenti;

- per il governo polacco, da B. Majczyna, M. Kamejsza-Kozłowska e M. Szwarc, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da L. Nicolae, E. Montaguti e I.V. Rogalski, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 gennaio 2018,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 2, punto 2, lettera a), dell'articolo 3, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettere a) e b), nonché dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, pag. 77, e rettifica in GU 2004, L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34).
2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra i sigg. Relu Adrian Coman e Robert Clabourn Hamilton nonché l'Asociația Accept (in prosieguito, congiuntamente: «Coman e a.»), da un lato, e l'Inspectoratul General pentru Imigrări (Ispettorato generale per l'Immigrazione, Romania) (in prosieguito: l'«Ispettorato») e il Ministerul Afacerilor Interne (Ministero degli Affari interni, Romania), dall'altro, in merito ad una domanda relativa alle condizioni di concessione al sig. Hamilton di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi in Romania.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3. Il considerando 31 della direttiva 2004/38 enuncia quanto segue:

«(31) La presente direttiva rispetta i diritti e le libertà fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In conformità con il divieto di discriminazione contemplato nella Carta gli Stati membri dovrebbero dare attuazione alla presente direttiva senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza etnica, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali».
4. L'articolo 2 di tale direttiva, rubricato «Definizioni», al punto 2, lettere a) e b), prevede quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2) "familiare":

a) il coniuge;

b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;

(...)».
5. L'articolo 3 di detta direttiva, intitolato «Aventi diritto», dispone quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo.

2. Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone:

a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente;

b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.

Lo Stato membro ospitante effettua un esame approfondito della situazione personale e giustifica l'eventuale rifiuto del loro ingresso o soggiorno».

6. L'articolo 7 della medesima direttiva, intitolato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», ha il seguente tenore:

«1. Ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

- a) di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; o
- b) di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante; o
- c) – di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale;
- di disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di assicurare all'autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno; o
- di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione rispondente alle condizioni di cui alle lettere a), b) o c).

2. Il diritto di soggiorno di cui al paragrafo 1 è esteso ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro quando accompagnino o raggiungano nello Stato membro ospitante il cittadino dell'Unione, purché questi risponda alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c).

3. Ai sensi del paragrafo 1, lettera a), il cittadino dell'Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva la qualità di lavoratore subordinato o autonomo nei seguenti casi:

- a) l'interessato è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio;
- b) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro;
- c) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro. In tal caso, l'interessato conserva la qualità di lavoratore subordinato per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi;
- d) l'interessato segue un corso di formazione professionale. Salvo il caso di disoccupazione involontaria, la conservazione della qualità di lavoratore subordinato presuppone che esista un collegamento tra l'attività professionale precedentemente svolta e il corso di formazione seguito.

4. In deroga al paragrafo 1, lettera d) e al paragrafo 2, soltanto il coniuge, il partner che abbia contratto un'unione registrata prevista all'articolo 2, punto 2, lettera b) e i figli a carico godono del diritto di soggiorno in qualità di familiari di un cittadino dell'Unione che soddisfa le condizioni di cui al paragrafo 1, lettera c). L'articolo 3, paragrafo 2, si applica ai suoi ascendenti diretti e a quelli del coniuge o partner registrato».

Il diritto rumeno

7. L'articolo 259, paragrafi 1 e 2, del Codul Civil (codice civile) dispone quanto segue:
- «1. Il matrimonio è l'unione di un uomo e di una donna fondata sul loro libero consenso, contratta alle condizioni previste dalla legge.
 - 2. L'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi allo scopo di costituire una famiglia».
8. L'articolo 277, paragrafi 1, 2 e 4, del codice civile è così formulato:
- «1. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è vietato.
 - 2. I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania. (...)
 - 4. Le disposizioni di legge riguardo alla libera circolazione nel territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo rimangono applicabili».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

9. Il sig. Coman, cittadino rumeno e americano, e il sig. Hamilton, cittadino americano, si sono conosciuti a New York (Stati Uniti), nel mese di giugno 2002, ed hanno convissuto in tale città dal maggio 2005 al maggio 2009. Il sig. Coman si è poi stabilito a Bruxelles (Belgio) per lavorare presso il Parlamento europeo in qualità di assistente parlamentare, mentre il sig. Hamilton è rimasto a New York. Si sono sposati a Bruxelles il 5 novembre 2010.
10. Nel marzo 2012 il sig. Coman ha lasciato le sue funzioni al Parlamento, pur continuando a vivere a Bruxelles, dove ha ricevuto l'indennità di disoccupazione fino al gennaio 2013.

11. Nel mese di dicembre 2012, i sigg. Coman e Hamilton si sono rivolti all'Ispettorato per ottenere informazioni circa la procedura e le condizioni in cui il sig. Hamilton, che non è cittadino dell'Unione, potesse ottenere, in quanto familiare del sig. Coman, il diritto di soggiornare legalmente in Romania per un periodo superiore a tre mesi.
12. L'11 gennaio 2013, in risposta a tale richiesta, l'Ispettorato ha informato i sigg. Coman e Hamilton che quest'ultimo godeva soltanto di un diritto di soggiorno di tre mesi, giacché, trattandosi di persone dello stesso sesso, il matrimonio non è riconosciuto, conformemente al codice civile, e che, inoltre, non può essere concessa la proroga del diritto di soggiorno temporaneo del sig. Hamilton in Romania a titolo di ricongiungimento familiare.
13. Il 28 ottobre 2013, Coman e a. hanno proposto dinanzi alla Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunale di primo grado del settore 5 di Bucarest, Romania) un ricorso contro l'Ispettorato diretto a far dichiarare l'esistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, per quanto riguarda l'esercizio del diritto di libera circolazione nell'Unione, e ad ottenere la condanna dell'Ispettorato a porre fine alla discriminazione stessa e versare loro un risarcimento del danno morale dagli stessi subito.
14. Nell'ambito di tale controversia essi hanno sollevato un'eccezione di incostituzionalità dell'articolo 277, paragrafi 2 e 4, del codice civile. Coman e a. ritengono infatti che il mancato riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno, configuri una violazione delle disposizioni della Costituzione rumena che tutelano il diritto alla vita intima, familiare e privata nonché delle disposizioni relative al principio di uguaglianza.
15. Con ordinanza del 18 dicembre 2015, la Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunale di primo grado del settore 5 di Bucarest) ha adito la Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania) affinché questa si pronunciasse su detta eccezione.
16. La Curtea Constituțională (Corte costituzionale) rileva che la presente causa verte sul riconoscimento di un matrimonio legalmente contratto all'estero tra un cittadino dell'Unione e il suo coniuge dello stesso sesso, cittadino di uno Stato terzo, alla luce del diritto alla vita familiare e del diritto alla libera circolazione, esaminati sotto il profilo del divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. In tale contesto, detto giudice nutre dubbi sull'interpretazione da dare a varie nozioni utilizzate nelle disposizioni rilevanti della direttiva 2004/38, interpretate alla luce della Carta dei diritti fondamentali (in prosieguo: la «Carta») e della recente giurisprudenza della Corte e della Corte europea dei diritti dell'Uomo.
17. Ciò considerato, la Curtea Constituțională (Corte costituzionale) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
 - «1) Se il termine “coniuge”, ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, comprenda il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell'Unione europea, di un cittadino dell'Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante.
 - 2) In caso di risposta affermativa, se gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo [2], della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione.
 - 3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell'Unione europea, di un cittadino dell'Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, possa essere qualificato come “ogni altro familiare, (...)” ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38 o “partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/38, con il corrispondente obbligo dello Stato ospitante di agevolare l'ingresso e il soggiorno dello stesso, anche se lo Stato ospitante non riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso né prevede qualsiasi altra forma alternativa di riconoscimento giuridico, come le unioni registrate.
 - 4) In caso di risposta affermativa alla terza questione, se gli articoli 3, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione europea».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

18. Si deve ricordare che, conformemente ad una costante giurisprudenza della Corte, la direttiva 2004/38 mira ad agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE e che la direttiva suddetta ha segnatamente l'obiettivo di rafforzare tale diritto (sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 35; del 18 dicembre 2014, McCarthy e a., C-202/13, EU:C:2014:2450, punto 31, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 31).
19. A norma del suo articolo 3, paragrafo 1, la direttiva 2004/38 si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari, ai sensi dell'articolo 2, punto 2, della medesima direttiva, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo.
20. Al riguardo, come la Corte ha più volte dichiarato, da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni della direttiva 2004/38 risulta che quest'ultima disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza e non consente di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza (v., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 37; del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 53, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 33).
21. Nella fattispecie, come illustrato ai punti da 9 a 11 della presente sentenza, il sig. Coman, cittadino rumeno e statunitense, e il sig. Hamilton, cittadino americano, si sono rivolti all'Ispettorato per ottenere informazioni circa la procedura e le condizioni in cui il sig. Hamilton potesse ottenere, in qualità di familiare del sig. Coman, un diritto di soggiorno derivato in Romania, Stato membro di cui il sig. Coman possiede la cittadinanza. Ne consegue che la direttiva 2004/38, di cui il giudice del rinvio chiede l'interpretazione, non può fondare un diritto di soggiorno derivato a favore del sig. Hamilton.
22. Ciò posto, come la Corte ha in più occasioni dichiarato, benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato le proprie questioni all'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/38, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano risultare utili per definire la controversia sottoposta al suo esame, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni (v., in tal senso, sentenze del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 48, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).
23. In proposito, la Corte ha già riconosciuto, in alcuni casi, che cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, che non potevano beneficiare, sulla base delle disposizioni della direttiva 2004/38, di un diritto di soggiorno derivato nello Stato membro di cui tale cittadino avesse la cittadinanza, potevano tuttavia vedersi riconosciuto detto diritto sulla base dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE (sentenza del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 46).
24. In particolare, la Corte ha dichiarato che, quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, ai sensi e nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, l'effetto utile dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE impone che la vita familiare che tale cittadino abbia condotto nello Stato membro suddetto possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di uno Stato terzo. Difatti, in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato, detto cittadino dell'Unione potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede la cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, per il fatto di non avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare in tal modo sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante (v., in tal senso, sentenza del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).
25. Per quanto riguarda le condizioni di concessione di tale diritto di soggiorno derivato, la Corte ha sottolineato che queste non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione di un simile diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza. Infatti, alla situazione descritta al punto

precedente si deve applicare per analogia la direttiva citata (v., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punti 50 e 61; del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punti 54 e 55, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 61).

26. Nella fattispecie, le questioni sollevate dal giudice del rinvio si fondano sulla premessa per cui il sig. Coman, durante il suo soggiorno effettivo in Belgio ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, ha sviluppato o consolidato in tale occasione una vita familiare con il sig. Hamilton.
27. Occorre rispondere alle questioni poste dal giudice del rinvio alla luce delle considerazioni sopra svolte.

Sulla prima questione

28. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al predetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che il diritto dello Stato membro di cui trattasi non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.
29. Occorre ricordare che, in quanto cittadino rumeno, il sig. Coman gode, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 1, TFUE, dello status di cittadino dell'Unione.
30. A tale riguardo, la Corte ha ripetutamente affermato che lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v. sentenze del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31; dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punto 41, e del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 29).
31. Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, un cittadino di uno Stato membro che, come nel procedimento principale, nella sua qualità di cittadino dell'Unione abbia esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in uno Stato membro diverso dal suo Stato membro d'origine, può avvalersi dei diritti connessi a tale qualità, in particolare di quelli previsti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, anche, eventualmente, nei confronti del suo Stato membro d'origine (v., in tal senso, sentenze del 23 ottobre 2007, Morgan e Bucher, C-11/06 e C-12/06, EU:C:2007:626, punto 22; del 18 luglio 2013, Prinz e Seeberger, C-523/11 e C-585/11, EU:C:2013:524, punto 23, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 51).
32. I diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri da tale disposizione includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, punti 21 e 23, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 52 e giurisprudenza ivi citata).
33. Per quanto riguarda la questione se i «familiari», di cui al punto precedente, comprendano il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, occorre anzitutto ricordare che la direttiva 2004/38, applicabile, come rilevato al punto 25 della presente sentenza, per analogia in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, al suo articolo 2, punto 2, lettera a) menziona espressamente il «coniuge» come «familiare».
34. La nozione di «coniuge», di cui a tale disposizione, vale a designare una persona unita ad un'altra da vincolo matrimoniale (v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2008, Metock e a., C-127/08, EU:C:2008:449, punti 98 e 99).
35. Per quanto riguarda la questione se la nozione in parola ricomprenda il cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, si deve sottolineare, in primo luogo, che, ai sensi della direttiva 2004/38, la nozione di «coniuge» è neutra dal punto di vista del genere e può comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato.
36. Occorre poi rilevare che, mentre, per determinare la qualificazione di «familiare» di un partner con cui il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, l'articolo 2, punto 2, lettera b), della direttiva 2004/38 rinvia alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro in cui tale cittadino intende recarsi o soggiornare, l'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva citata, applicabile per analogia al caso di specie, non contiene, invece, un siffatto rinvio per quanto riguarda la nozione di «coniuge» ai sensi di detta direttiva. Ne consegue

- che uno Stato membro non può invocare la propria normativa nazionale per opporsi al riconoscimento sul proprio territorio, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, del matrimonio da questo contratto con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo.
37. È vero che lo stato civile, a cui sono riconducibili le norme relative al matrimonio, è una materia che rientra nella competenza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non pregiudica tale competenza (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 2003, Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, punto 25; del 1° aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punto 59, nonché del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 16). Gli Stati membri sono dunque liberi di prevedere o meno il matrimonio tra persone del medesimo sesso (sentenza del 24 novembre 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, punto 59).
 38. Tuttavia, da una giurisprudenza consolidata risulta che gli Stati membri, nell'esercizio della suddetta competenza, devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 2003, Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, punto 25; del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 16, nonché del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 32).
 39. Ebbene, lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio a un cittadino di uno Stato terzo, che abbia contratto matrimonio con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, che abbiano già esercitato la libertà in discorso, varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione di tali disposizioni di diritto nazionale (v., per analogia, sentenza del 25 luglio 2008, Metock e a., C-127/08, EU:C:2008:449, punto 67). Una simile situazione sarebbe contraria alla giurisprudenza della Corte, ricordata dall'avvocato generale al paragrafo 73 delle sue conclusioni, secondo cui, in considerazione del contesto e degli scopi che la direttiva 2004/38 persegue, le sue disposizioni, applicabili per analogia al caso di specie, non possono essere interpretate restrittivamente e, comunque, non devono essere private del loro effetto utile (sentenze del 25 luglio 2008, Metock e a., C-127/08, EU:C:2008:449, punto 84, nonché del 18 dicembre 2014, McCarthy e a., C-202/13, EU:C:2014:2450, punto 32).
 40. Ne consegue che il rifiuto, opposto dalle autorità di uno Stato membro, di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, il matrimonio di quest'ultimo con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, cittadino di tale Stato membro, contratto durante il loro soggiorno effettivo in un altro Stato membro conformemente alla legislazione di quest'ultimo Stato membro, è atto ad ostacolare l'esercizio del diritto di detto cittadino dell'Unione, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Infatti, un simile rifiuto ha come conseguenza che tale cittadino dell'Unione può vedersi privato della possibilità di tornare nello Stato membro di cui ha la cittadinanza, accompagnato dal coniuge.
 41. Ciò premesso, conformemente ad una costante giurisprudenza, una restrizione alla libera circolazione delle persone che, come nel procedimento principale, sia indipendente dalla cittadinanza delle persone interessate, può essere giustificata se è basata su considerazioni oggettive di interesse generale ed è proporzionata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale (v., in tal senso, sentenze del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 29; del 26 febbraio 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, punto 34, nonché del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 48). Dalla giurisprudenza della Corte emerge che una misura è proporzionata quando è idonea a realizzare l'obiettivo perseguito, ma al contempo non va oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (sentenza del 26 febbraio 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).
 42. Per quanto riguarda i motivi di interesse generale, si deve osservare che vari governi che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno evidenziato, al riguardo, il carattere fondamentale dell'istituzione del matrimonio e la volontà di alcuni Stati membri di mantenere tale istituzione quale unione tra un uomo e una donna, tutelata in alcuni Stati membri da norme di rango costituzionale. Il governo lettone ha in tale ambito precisato, in udienza, che, quand'anche il rifiuto, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti in un altro Stato membro costituissero una restrizione all'articolo 21 TFUE, siffatta restrizione sarebbe giustificata da motivi connessi all'ordine pubblico e all'identità nazionale, di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE.
 43. A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (v. anche, in tale senso, sentenza del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 73 e giurisprudenza ivi citata).
 44. Inoltre, la Corte ha dichiarato in più occasioni che la nozione di «ordine pubblico», in quanto giustifi-

cazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società (v., in tal senso, sentenze del 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 67, nonché del 13 luglio 2017, *E*, C-193/16, EU:C:2017:542, punto 18 e giurisprudenza ivi citata).

45. In proposito, si deve rilevare che l'obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale e rientra, come ricordato al punto 37 della presente sentenza, nella competenza degli Stati membri. Esso non comporta l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione.
46. Pertanto, un simile obbligo di riconoscimento ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo non attenta all'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico dello Stato membro interessato.
47. Si deve aggiungere che una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta di cui la Corte garantisce il rispetto (v., per analogia, sentenza del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 66).
48. Quanto alla nozione di «coniuge» di cui all'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 7 della Carta è fondamentale.
49. A tale riguardo, come risulta dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, i diritti garantiti dall'articolo 7 della medesima hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli garantiti dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.
50. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che la relazione che lega una coppia omosessuale può rientrare nella nozione di «vita privata», nonché in quella di «vita familiare», al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione (Corte EDU, 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, nonché Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143).
51. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che, in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Sulla seconda questione

52. Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, in caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, disponga di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza.
53. Come ricordato ai punti 23 e 24 della presente sentenza, quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione in uno Stato membro ospitante diverso da quello di cui egli abbia la cittadinanza, ai sensi e nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, per preservare l'effetto utile dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE è necessario che la vita familiare che il cittadino di cui trattasi ha condotto in tale Stato membro possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di uno Stato terzo.

54. Quanto alle condizioni di concessione di tale diritto di soggiorno derivato, come rilevato al punto 25 della presente sentenza, la Corte ha sottolineato che queste non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione del diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza.
55. Al riguardo, come risulta dall'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, il diritto di soggiorno di cui al paragrafo 1 di tale articolo è esteso ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro quando accompagnino o raggiungano nello Stato membro ospitante il cittadino dell'Unione, purché questi risponda alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c), dello stesso articolo.
56. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38.

Sulle questioni terza e quarta

57. Alla luce della soluzione fornita alla prima e alla seconda questione, non occorre rispondere alla terza e alla quarta questione.

Sulle spese

58. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1. In una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.
2. L'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38.

Firme

* Lingua processuale: il rumeno.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

genius@articolo29.it